

Behandlingen av joint ventures under fusjonskontrollforordningen

Kandidatnr: 395

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25. November 2003

Til sammen 17615 ord

12.03.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMAET FOR OPPGAVEN	1
1.2	AVGRENSNING	4
1.3	RETTSKILDER	5
1.3.1	EF TRAKTATEN	5
1.3.2	FORORDNINGER	5
1.3.3	KOMMISSJONENS PRAKSIS OG MEDDELELSER	5
1.3.4	JURIDISKE LITTERATUR	6
<u>2</u>	<u>VILKÅR 1: KONSENTRASJON OG FELLES KONTROLL</u>	<u>7</u>
2.1	KONSENTRASJON	7
2.2	KONTROLLBEGREPET	8
2.3	FELLES KONTROLL	10
2.3.1	FELLES KONTROLL BASERT PÅ LIKESTILLING MELLOM EIERNE	12
2.3.2	FELLES KONTROLL BASERT PÅ VETORETT ELLER KRAV TIL KVALIFISERT FLERTALL	14
2.3.3	FELLES KONTROLL BASERT PÅ SAMLET UTØVELSE AV STEMMERETT	16
2.3.3.1	Avtaler om samlet utøvelse av stemmerett	17
2.3.3.2	Samlet utøvelse av stemmerett på grunnlag av sterke felles interesser	17
2.3.4	FELLES KONTROLL BASERT PÅ FAKTISKE FORHOLD	18
2.4	KRAV TIL VARIGHET	19
2.5	OPPSUMMERING	20
<u>3</u>	<u>VILKÅR 2: SELVSTENDIG ØKONOMISK ENHET - FULL FUNKSJONS- VILKÅRET</u>	<u>21</u>
3.1	GENERELT	21
3.2	KRAV TIL ARTEN OG OMFANGET AV JOINT VENTURETS VIRKSOMHET	23
3.3	SELVSTENDIG TILGANG TIL TILSTREKKELIGE RESSURSER.	25
3.3.1	"TILGANG TIL" RESSURSER	25
3.3.2	"TILSTREKKELIGE" RESSURSER	30
3.3.3	OPPSTARTSPERIODEN OG RESSURSAVHENGIGHET	31

3.4	FORRETNINGSMESSIGE BÅND TIL EIERNE	32
3.4.1	GENERELT	32
3.4.2	DER JOINT VENTURET ER AKTIVT I ET MARKED SOM ER OPPSTRØMS FRA EIERNES	34
3.4.3	DER JOINT VENTURET ER AKTIVT I ET MARKED SOM ER NEDSTRØMS FRA EIERNES	36
3.5	JOINT VENTURETS VARIGHET	38
4	<u>OVERSIKT OVER BEHANDLINGEN AV KOOPERATIVE JOINT VENTURES</u>	
	<u>UNDER ART. 2 (4)</u>	<u>41</u>
4.1	GENERELT	41
4.2	HVA ER KOORDINERING AV KONKURRANSEATFERD I ART. 2 (4)S FORSTAND?	43
4.3	KANDIDATMARKEDENE	44
4.4	KOORDINERING AV KONKURRANSEATFERD MELLOM HVEM?	46
4.5	EIERAKTIVITET OG KOORDINERINGSRISIKO	47
4.5.1	GENERELT	47
4.5.2	POTENSIELL AKTIVITET	47
4.5.3	EIERAKTIVITET OG PRODUKTMARKED	49
4.5.3.1	Ingen konkurrerende aktivitet i samme næringssektor som joint venturet	49
4.5.3.2	Ingen konkurrerende aktivitet i samme produktmarked som joint venturet	49
4.5.3.3	Konkurrerende aktivitet i samme produktmarked som joint venturet	50
4.5.4	AKTIVITET I NEDSTRØMSMARKEDER	51
4.5.5	AKTIVITET I OPPSTRØMSMARKEDER	51
4.5.6	AKTIVITET I NABOMARKEDER	51
4.5.7	EIERAKTIVITET OG GEOGRAFISKE MARKED	52
4.5.7.1	Ingen konkurrerende aktivitet	52
4.5.7.2	Konkurrerende aktivitet i separate geografiske markeder	53
4.5.7.3	Aktivitet i samme geografiske marked som er ulikt joint ventures	53
4.6	KRAV TIL ÅRSAKSSAMMENHENG	54
4.7	MERKBARHETSVILKÅRET	55
5	<u>SAMMENFATNING</u>	<u>56</u>
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

Oppgavens tema er behandlingen av joint ventures under fusjonskontrollforordningen¹ (FKF), nærmere bestemt vilkårene for at et joint venture omfattes av FKF, samt for hvilke materielle kriterier det skal bedømmes etter. Det vil også gis en oversikt over særtrekkene ved den materielle bedømmelsen av joint ventures.

FKF trådte i kraft i 1990, og har siden den gang vært gjenstand for flere endringer, senest i 1997². Formålet med vedtakelsen var å avbøte en mangel på regler om fusjonskontroll i EF-traktaten. Før FKF ble vedtatt forsøkte Kommisjonen å anvende EF Art. 81 og 82 på fusjoner med mer eller mindre varierende hell, og deres begrensning viste seg raskt³. For det første, så ble fusjoner som resulterte i opprettelsen av foretak med dominerende stilling kun omfattet av Art. 82 dersom en av partene også tidligere hadde en dominerende stilling, og ervervet i det andre foretaket ble ansett for å være et misbruk av denne stillingen. For det andre, så omfattet ikke Art. 81 det tilfellet at en transaksjon medførte en markedsstruktur som kunne lede til samordnet opptreden av partenes konkurranseatferd. Det var derfor et behov for et klarere regelverk for kontroll av transaksjoner som medførte strukturendringer utover det som Art. 81 og 82 hjemlet.

Da FKF ble vedtatt omfattet den kun såkalte konsentrative joint ventures, dvs. de som ikke medfører en risiko for koordinering av konkurranseatferden mellom eierne utover selve joint venture samarbeidet. Opprettelsen av slike medfører kun strukturendringer i form av en integrasjon av ressurser, og har ingen innvirkning på konkurranseatferden mellom eierne. En slik ressursintegrasjon anses å medføre effektivitetsgevinster som er positive for markedet, og som til syvende og sist kommer forbrukerne til gode.

¹ Council Regulation of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (4064/89/EEC) OJ 1990 L 257/14

² Regulation 1310/97/EC, OJ 1997 L 180/1

³ Navarro m. fl. 2002 s. 2

Motsetningsvis falt de såkalte kooperative joint ventures helt utenfor forordningens anvendelsesområde, fordi opprettelsen av disse også innebærer en koordineringsrisiko av eiernes konkurranseatferd. Kooperative joint ventures var derfor henvist til behandling under Art. 81, som innebar at de var gjenstand for en strengere materiell bedømmelse.

Kritikk ble reist mot denne delte jurisdiksjonen over joint ventures, særlig av Hawk⁴. Kritikken besto blant annet i at kooperative joint ventures innebar de samme effektivitetsgevinster, og at det var ulogisk at identiske strukturendringer skulle være gjenstand for ulike vurderingskriterier. Sondringen mellom konsentrative og kooperative joint ventures var også svært kostbar, både med hensyn til tid og penger.

Etter 1997-endringen skal alle *full funksjons* joint ventures behandles under FKF, uavhengig av om de også medfører en risiko for koordinering med eierne. Det tidligere skillet mellom konsentrative og kooperative joint ventures er derfor borte i forhold til FKFs jurisdiksjonsspørsmål. Imidlertid beholder det sin betydning med hensyn til den materielle bedømmelsen. Situasjonen i dag er nemlig den at selv om alle joint ventures som oppfyller full funksjons-kravene omfattes av FKF, så foretas ikke den materielle vurderingen alltid etter de samme kriterier.

Full funksjons joint ventures som ikke inneholder kooperative aspekter, heretter kalt *konsentrative full funksjons joint ventures*, vil kun vurderes etter den såkalte *dominanstesten* i FKF Art. 2 (3), som forbyr et joint venture dersom opprettelsen av det etablerer eller styrker en dominerende stilling. Dominanstesten innebærer kun en kontroll av de strukturelle endringer som joint venture innebærer, og dets virkninger på markedsstrukturen.

For joint ventures som reiser problemstillinger med hensyn til koordinering av konkurranseatferden mellom eierne, *kooperative full funksjons joint ventures*, vil det i tillegg til en vurdering under dominanstesten, også foretas en separat vurdering av disse koordinasjonselementene, jf. FKF Art. 2 (4). Den materielle vurderingen av kooperative full funksjon joint ventures foretas dermed etter to sett kriterier; strukturendringen som oppstår vurderes etter dominanstesten i FKF Art. 2 (3), mens de kooperative aspekter vurderes etter kriteriene i EF Art. 81, jf. FKF Art. 2 (4).

⁴ Hawk og Huser s. 63-66

Den separate vurderingen etter kriteriene i EF Art. 81 innebærer et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, og er dermed en atferdskontroll av joint venturet. Begrunnelsen for atferdskontrollen er muligheten for at opprettelsen medfører en konkurransekoordinering mellom eierne i de områder som ikke integreres gjennom joint venture-samarbeidet. Slike atferdsreguleringer mellom partene inneholder ingen effektivitetsgevinster eller strukturendringer, og fortjener derfor ikke å bli vurdert under den mildere dominanstesten. Selv om behandlingen av kooperative full funksjons joint ventures er todelt, så foretas den i en og samme saksbehandling av Kommisjonen.

Fordelene ved at også kooperative joint ventures nå omfattes av FKF er mange. Som nevnt, så vil strukturendringer nå vurderes etter den mildere dominanstesten, i stedet for EF Art. 81. Videre, så er saksbehandlingen under FKF også langt raskere, fordi det foreligger korte tidsfrister for Kommisjonens beslutninger, jf. FKF Art. 10. Kommisjonens beslutning under FKF utelukker både nasjonal jurisdiksjon og anvendelse av Art. 81 og 82, jfr. FKF Art.21 og 22. FKF innebærer en eksklusiv kompetanse for Kommisjonen, hvis avgjørelse under denne er endelige. Dette blir ofte omtalt som *one stop shop-prinsippet*.

Det følger av dette at det er av stor betydning å kunne forutberegne hvilke regelsett som vil komme til anvendelse når et joint venture opprettes.

Dersom et joint venture ikke anses som full funksjons faller det i sin helhet utenfor FKF, og kan bli bedømt under EF Art. 81.

Joint ventures som skal behandles etter fellesskapsrettslige regler kan altså falle inn under én av de følgende tre vurderingskategorier:

Vurdering etter Art. 81	Vurdering etter dominanstesten i FKF	Todelt vurdering, etter kriteriene i både FKF Art. 2 (2) og Art. 81 (1)
Joint ventures som ikke er full funksjons	Full funksjons joint ventures som ikke inneholder kooperative elementer	Full funksjons joint ventures som inneholder kooperative elementer
Atferdskontroll	Strukturkontroll	Struktur- og atferdskontroll

Fremstillingen i oppgaven er i stor grad todelt. Den første delen, som omfatter kapittel 2 og 3, er en redegjørelse for hvilke vilkår som må oppfylles for at joint ventures skal falle inn under FKF's anvendelsesområde, og dette gjelder for både konsentrative og kooperative full funksjons joint ventures. I tilknytning til dette vil det også gis eksempler på hvordan vilkårene i praksis vurderes av Kommisjonen. Fremstillingens andre del vil gi en oversikt over hvordan kooperative joint ventures behandles under Art. 2 (4), da dette er et særtrekk ved FKF's behandling av joint ventures.

1.2 Avgrensning

Da oppgavens tema er den konkrete behandlingen av joint ventures under FKF avgrenser jeg mot en nærmere behandling av de problemstillinger som generelt oppstår ved konkurranserettslige spørsmål, slik som redegjørelse for de økonomiske analyser som ligger til grunn for vedtakelse og anvendelse av konkurransereglene⁵. Fremstillingen er ment å gi en oversikt over behandlingen av joint ventures under FKF, og dette medfører at det er særtrekkene ved denne som det redegjøres for. Det avgrenses derfor mot en redegjørelse av når opprettelsen av et joint venture medfører eller styrker en dominerende stilling, da dette er det samme for alle transaksjoner som omfattes av FKF⁶. Innholdet i begrepet fastsettes i stor grad på bakgrunn av Kommisjonens praksis under Art. 81 og 82, og passer derfor bedre inn under fremstillinger av disse.

Det avgrenses videre mot en fullstendig redegjørelse for bedømmelsen av kooperative joint ventures etter kriteriene i Art. 81 (1), inklusive unntaksbestemmelsene i Art. 81 (3), da oppgaven kun er ment å gi en oversikt.

Jeg vil benytte meg av det konkurranserettslige begrepsapparat som bl.a. omfatter det *relevante produkt marked* og *geografiske marked*, men avgrenser mot en nærmere definisjon av disse av hensyn til oppgavens omfang⁷.

⁵ For et kort sammendrag se Jones og Sufrin s. 3-18, eller Korah s. 9-19, mer omfattende i Faull & Nikpay s. 4-60.

⁶ Leseren henvises til Faull & Nikpay s. 122-145, Navarro m.fl. kap. 6.

⁷ Se Jones og Sufrin s. 38-59, Navarro m. fl. kap. 5, og Commission Notice concerning the definition of the relevant market for the purposes of the Community competition law, OJ 1997 C372/5.

1.3 Rettskilder

1.3.1 EF traktaten

FKF Art. 2 (3) forbyr joint ventures dersom de etablerer eller styrker en dominerende stilling. Uttrykket dominerende stilling er det samme som i EF Art. 82. Videre, så henviser FKF Art. 2 (4) til kriteriene i EF Art. 81. Dette medfører at tolkning og praksis relatert til disse EF artiklene er relevant for den materielle vurderingen av full funksjons joint ventures, men dette vil ha begrenset betydning i en oversiktsfremstilling av den art som gis her.

1.3.2 Forordninger

Fusjonskontrollforordningen er den sentrale rettskilden som ligger til grunn for oppgavens tema, og inneholder både prosessuelle og materielle regler. Den er vedtatt av Rådet med hjemmel i EF Art. 83 og 308, og Kommisjonen er gitt kompetanse til å håndheve reglene. FKF er bindende i sin helhet og har direkte virkning, jf. EF Art. 249. FKF inneholder også en fortale, som gir veiledning med hensyn til formålet med og anvendelse av forordningen.

1.3.3 Kommisjonens praksis og meddelelser

Kommisjonen er gitt håndhevingskompetanse under FKF, og dens beslutninger blir publisert, dog gis partene anledning til å sensurere innholdet. På bakgrunn av sin egen praksis, så har Kommisjonen utgitt egne publikasjoner med hensyn til hvordan de tolker og anvender FKF. Disse kalles på norsk meddelelser, og vil i stor grad bli henvist til i oppgaven. Utgivelsen av meddelelsene er i stor grad begrunnet i kravet om offentlighet rundt beslutningsprosessene i EF-systemet.

Hverken meddelelsene eller Kommisjonspraksis er formelt anerkjente rettskilder i EF-retten, og har heller ingen prejudikatsvirkninger. Kommisjonen selv står fritt i forhold til sin egen praksis og sine meddelelser, og dens beslutninger kan settes til side av EF-domstolen, jf. FKF Art. 21 (1). Allikevel har både Kommisjonspraksis og meddelelsene stor praktisk betydning, fordi de gir innsikt i hvordan Kommisjonen resonnerer. Selv om disse ikke er bindende, så tilstreber Kommisjonen seg på å følge dem, og i praksis innretter private seg etter deres innhold.

1.3.4 Juridiske litteratur

Juridisk litteratur har som rettskilde svært liten vekt i EF-retten, men er allikevel av betydning for rettsanvendere. Det finnes omfattende litteratur på området for konkurranserett generelt, og også på fusjonskontrollens område. Det er mitt inntrykk at særlig litteraturen på fusjonskontrollens område er av varierende grundighet, der noen forfattere i stor grad begrenser seg til en gjengivelse av Kommisjonens meddelelser. Imidlertid er det i de senere år utgitt flere verker som gir en grundig fremstilling av fusjonskontroll, og jeg har i stor grad søkt veiledning i disse under arbeidet med oppgaven.

2 Vilkår 1: Konsentrasjon og felles kontroll

2.1 Konsentrasjon

Objektet for FKF er *konsentrasjoner*, som er et begrep som dekker flere former for transaksjoner. Etter FKF Art. 3 (1) (a) og (b) anses en konsentrasjon etablert der henholdsvis to eller flere tidligere uavhengige foretak fusjonerer, eller der kontroll erverves over hele eller deler av et foretak. I følge avsnitt 23 i fortalen til FKF så dekker definisjonen av konsentrasjon kun de transaksjoner som innebærer en varig strukturendring i de berørte foretakene. Formålet med FKF er å hindre virksomhetsrestrukturering som kan skape uopprettelig skade på konkurransen og det indre marked⁸, og det må derfor foretas en sammenligning av markedsstrukturen før og etter opprettelsen av joint venturet. For at FKF skal komme til anvendelse må strukturendringen være vesentlig.

Hva består så denne strukturendringen i? For joint ventures vedkommende er det endringen i kontrollstrukturen i et foretak som er det relevante konsentrasjonskriteriet, jf. FKF Art. 3 (1) (b). Nærmere bestemt innebærer dette kriteriet at to eller flere foretak erverver kontroll over hele eller deler av et annet foretak. Dette kan skje på mange måter; enten ved at det erverves kontroll over et eksisterende foretak, eller ved at eierforetakene slår sammen sine respektive virksomheter på et område, eller ved at det opprettes en helt ny virksomhet. Joint ventures karakteriseres nettopp ved at det er under felles kontroll av minst to eiere, som forblir uavhengige foretak, i motsetning til ved rene fusjoner der foretakene slutter å eksistere som separate enheter. Som andre begreper i EF-retten, er joint venture et autonomt begrep og vi kan derfor ikke trekke slutninger om innholdet ut ifra den vanlige anvendelsen av begrepet.

Det følger av Art. 3 (1) (b), sammenholdt med Art. 3 (2), at det er to vilkår som må være oppfylt for at et joint venture skal utgjøre en konsentrasjon i FKF's forstand. For det første, så må det som nevnt skje en endring i kontrollstrukturen ved at to eller flere foretak får felles kontroll over joint venturet. For det andre, så må opprettelsen av joint venturet innebære en strukturendring på den måte at det utgjør en uavhengig økonomisk enhet. Det siste vilkåret utgjør det såkalte full funksjons-vilkåret og vil behandles under kapittel 3. Kontrollvilkåret behandles i det følgende, og jeg vil først behandle

⁸ Jf. avsnitt 5 og 7 i fortalen til FKF

kontrollbegrepet generelt, for deretter å gjøre rede for det nærmere innholdet i felles kontroll.

2.2 Kontrollbegrepet

En definisjon av når kontroll oppstår er gitt i Art. 3 (3). I tillegg har Kommisjonen utgitt en meddelelse⁹, heretter kalt Konsentrasjonsmeddelelsen, som gir veiledning i hvordan Kommisjonen tolker FKF Art. 3, og i det nærmere innholdet i kontrollbegrepet.

FKF Art. 3 (3) definerer kontroll som "...*muligheten til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet...*"

Denne kontrolldefinisjonen sonderer ikke mellom felles kontroll som innehas av to eller flere, eller der et foretak har enekontroll over et annet, og den følgende redegjørelsen gjelder derfor for kontrollbegrepet generelt.

Som det fremgår av ordlyden i Art. 3 (3), så er det avgjørende at *muligheten* til å utøve bestemmende innflytelse er til stede, ikke at den faktiske benyttes. Dette styrkes av Art. 3 (4), som definerer kontrollinnehaveren som den som innehar rettigheter som medfører kontroll *eller* har kompetanse til å utøve rettigheter som følger av dem. Dette henger sammen med at konsentrasjoner skal forhåndsnotifiseres til Kommisjonen, og at det ikke er praktisk mulig å føre bevis for eiernes fremtidige atferd¹⁰. Men det er også klart at det kreves mer enn en rent teoretisk mulighet, og der det foreligger rettslige eller faktiske hindringer for at kompetansen kan utnyttes vil ikke et kontrollerverv i FKF's forstand finne sted.

Partenes intensjoner er heller ikke avgjørende for hvorvidt det foreligger felles kontroll. Kommisjonen vil basere seg på den konkrete kontrollsituasjonen som foreligger, og basere seg på objektive fakta av både rettslig og faktisk art.

⁹ Commission Notice on the concept of concentration under Council Regulation No 4064/98 on the control of concentrations between undertakings (98/C 66/02)

¹⁰ Faull & Nikpay s. 209

Ettersom anvendelsesområdet for FKF er begrenset til å gjelde strukturendringer, vil ikke interne endringer av kontrollstrukturer innen foretak eller konsern omfattes av kontrollbegrepet, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 8, 3. avsnitt.

Kontrollkompetansen kan hvile på rettslige, så vel som faktiske grunnlag. Konkret nevner Art. 3 (3) rettigheter og avtaler som kompetansegrunnlag, men åpner for at andre rettslige og faktiske forhold også kan medføre en kontrollkompetanse. Det vanlige er imidlertid at kontroll erverves gjennom aksjer i et foretak.

For at en aktør skal regnes for å ha kontroll over et annet foretak i FKF's forstand er det altså nødvendig at denne er gitt kompetanse til "*å utøve avgjørende innflytelse*" over foretaket". Det må derfor drøftes hva som ligger i denne kompetansen.

Ettersom kontrolldefinisjonen krever at bestemmelseskompetanse er "*avgjørende*", så foreligger det et kvalitativt krav til kompetansen. Ikke alle former for innflytelse vil kunne oppfylle denne beskrivelsen, og det må derfor avgjøres når en kompetanse er tilstrekkelig til å oppfylle dette kravet. Kommisjonen har gjort det klart i sin praksis at det må avgrenses mot vanlige rettigheter som aksjeeiere gis for å beskytte sine investeringer, se f. eks. **Ericsson/Nokia/Psion/Motorola**¹¹. I Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 12 nevnes beslutningskompetanse relatert til salg av foretaket, vedtektsendringer, kapitalendringer og oppbudsbegjæring som eksempler som faller utenfor kontrollbegrepet. Dette er beslutninger som tas i kraft av å være aksjeeier.

Det som er relevant for å stadfeste kontroll er at det erverves kompetanse til å utøve avgjørende innflytelse over viktige beslutninger angående den strategiske kommersielle atferden til foretaket¹². Det er altså et vilkår at det erverves kontroll over den overordnede styringen av foretaket og over kompetansen til å utforme foretakets rolle som en markedsaktør. Igjen er det begrunnelsen om at FKF's formål er strukturendringer som ligger til grunn.

Art. 3 (3) (a) og (b) gir anvisning på henholdsvis to forhold som "*særlig*" kan sies å medføre avgjørende innflytelse. For det første kan kontroll bestå av eierskap over et foretak eller bruksrett til dets aktiva. For det andre, så kan avgjørende innflytelse over sammensetningen av, stemmegivningen i, eller beslutninger som tas av det ervervede

¹¹ (Sak IV/JV12) (1998)

¹² Cook og Kerse s. 32, Navarro m.fl. s. 15, Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 14, 2. avsnitt og punkt 19

foretaks beslutningsorganer medføre kontroll. Bestemmelsen gjør det klart at eksemplifiseringen ikke er uttømmende.

Dersom det erverves en majoritet av disse rettighetene vil dette klart medføre avgjørende innflytelse. Imidlertid er det etter Art. 3 (3) ikke avgjørende at det erverves majoritetskontroll over et foretak for at det skal foreligge kontroll i FKF's forstand, og som vi skal se under behandlingen av felles kontroll, så kan også minoritetseiere utøve avgjørende innflytelse.

I tillegg til de i Art. 3 (3) (a) og (b) nevnte beslutningstyper, så har Kommisjonen uttalt mer konkret i Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 23 at avgjørelser over det ervervede foretakets budsjett, forretningsplan og vesentlige investeringer er av en slik art at de medfører felles kontroll.

Det som er felles for de relevante beslutningene er at de angår den langsiktige styringen av foretaket, og utgjør den strategiske planleggingen som, når den realiseres, vil resultere i hva slags aktørrolle foretaket vil spille på markedet.

Det er ikke nødvendig for å stadfeste kontroll at det erverves avgjørende innflytelse over samtlige av disse kompetanseområdene. Som det vil fremgå av redegjørelsen for felles kontroll, vil Kommisjonen i alle tilfeller foreta en konkret vurdering.

Etter ordlyden i Art. 3 (3) er kompetansen som medfører kontroll beskrevet som "innflytelse". Dette er et uklart begrep, men det er neppe valgt tilfeldig. Det er nemlig to former for kontroll som omfattes av dette begrepet; enekontroll og felles kontroll. Som hovedregel foreligger enekontroll der kun et foretak har kompetanse til positivt å fatte de beslutninger som gjelder den strategisk kommersielle atferden til foretaket, uavhengig av de andre eierne. Dersom endringen i kontroll gjelder medfører en slik kompetanse, så har man ikke med et joint venture i FKF's forstand å gjøre. For at et joint venture skal omfattes av FKF er det et vilkår at det er underlagt felles kontroll, og jeg vil gjøre rede for innholdet i dette begrepet under punkt 2.3, samt hva som i praksis skal til for at felles kontroll foreligger.

2.3 Felles kontroll

Som nevnt, er det et vilkår for at joint ventures skal utgjøre en konsentrasjon, at to eller flere eiere i fellesskap overtar kontrollen, jfr. Art. 3 (1) (b) og 3 (2). Også FKF Art. 5 (4)

(e) henviser til de rettigheter og kompetanse som gjelder den strategiske kommersielle atferden til et foretak innehas av to eller flere foretak i fellesskap.

Prinsippene for å fastlegge det nærmere innholdet i begrepet felles kontroll finnes i Konsentrasjonsmeddelelsen. Det er nevnt over at selve utøvelsen av den avgjørende innflytelsen skiller seg fra det som karakteriserer enekontroll. For joint ventures vedkommende består den avgjørende innflytelsen over et foretak som regel av evnen til å blokkere handlinger eller beslutninger som påvirker dets strategiske kommersielle atferd, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 19. Denne blokkeringsevnen karakteriseres ved at der den utøves oppstår det en stillstand situasjon, der beslutninger ikke gyldig kan fattes, eller det på annen måte blir umulig å drive joint venturet. Det er altså en negativ innflytelse over den overordnede styringen av foretaket som er avgjørende, fordi beslutninger kan nektes vedtatt. Eierforetakene er derfor tvunget til komme til enighet om beslutninger som gjelder den strategiske kommersielle atferden, og de kan ikke opptre uavhengig av hverandre med hensyn til slik styring over joint venturet. Dersom kun en eier besitter avgjørende innflytelse og alene kan fastsette den strategiske kommersielle atferden foreligger det ikke felles kontroll.

Det følger av dette at felles kontroll i utgangspunktet utelukker at en av eierne kan være gitt en avgjørende stemme i beslutningsprosessen. Kommisjonen har allikevel gjort et unntak for en slik situasjon, men bare der en av eierne er gitt avgjørende stemme enten etter en prosess der enighet forgjeves er søkt oppnådd eller den avgjørende stemme kun gjelder et svært begrenset beslutningsområde, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 37.

Hvordan foretas så den nærmere vurderingen av om det foreligger felles kontroll? Utgangspunktet for felles kontroll følger som regel av eierskap til aksjer i joint venturet. Det vil si at dersom to eller flere foretak til sammen har en majoritet av aksjene, så kan disse oppfylle kravet om å ha avgjørende innflytelse over joint venturet. Men, aksjemajoritet alene er som nevnt ikke avgjørende, og grunnlaget som gir eierne kontroll kan også finnes i dets vedtekter, i joint venture-avtalen som inngås mellom eierne, eller i faktiske forhold.

I Konsentrasjonsmeddelelsen gjøres det rede for en del typiske situasjoner der felles kontroll anses for å foreligge. Det er tre hovedtilfeller som anses å føre til felles kontroll; likestilling mellom eierforetakene, vetorett for minoritetseiere og samlet utøvelse av stemmerett. Jeg vil i det følgende ta for meg disse situasjonene. I tillegg vil

jeg også behandle et tilfelle der felles kontroll ble stadfestet på grunnlag av faktiske forhold, for nærmere å illustrere variasjonen i de situasjoner som kan utgjøre felles kontroll.

2.3.1 Felles kontroll basert på likestilling mellom eierne

Det klareste eksemplet på at felles kontroll foreligger er der to eierforetak hver har 50 % av aksjene i joint venturet der alle aksjene representerer lik stemmerett, og beslutninger fattes ved vanlig flertall, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 20. Da vil ingen av de to partene alene kunne oppnå flertall, og kan gjensidig blokkere den andres forslag. Beslutningsdyktighet er derfor betinget av at eierforetakene oppnår enighet. Felles kontroll er i en slik situasjon ikke betinget av avtaler mellom partene.

Både **Hitachi/NEC-DRAM/JV**¹³ og **Bertelsmann/Kooperativa Forbundet/BOL Nordic**¹⁴ er eksempler på saker der det var likestilling som nettopp beskrevet, mellom to eiere både med hensyn til eierskap og representasjon i beslutningsorganene. Begge joint venturene inneholdt imidlertid bestemmelser som kan ses på som en ytterligere styrking av eiernes felles kontroll. I **Hitachi/NEC-DRAM/JV** var nemlig beslutningsdyktighet betinget av enstemmighet og et fremmøte på minst to tredjedeler, mens det i **Bertelsmann/Kooperativa Forbundet/BOL Nordic** var krav om vanlig flertall, men tilslutning fra minst en representant for hver eier. Bestemmelsene sikret dermed at en eier ikke kunne oppnå simpelt flertall dersom representanter for den andre er fraværende. Slike bestemmelser er ikke nødvendige for å stadfeste felles kontroll, men nevnes fordi de ivaretar partenes evne til å utøve avgjørende innflytelse i en praktisk tenkbar situasjon, nemlig fravær av stemmeberettigede.

Dersom det foreligger avtaler, forskjellige aksjeklasser eller annet som røkkes ved likestillingen mellom eierne, slik at en eier kan tvinge gjennom vedtak av beslutninger mot den andres vilje, så foreligger det i utgangspunktet ikke felles kontroll. Derfor er det avgjørende ikke nødvendigvis ikke aksjer, men likhet med hensyn til stemmer, slik at ikke en av eierne kan fatte beslutninger uavhengig av den andre.

¹³ (Sak COMP/JV44) (2000)

¹⁴ (Sak COMP/JV45) (2000)

Felles kontroll kan også være basert på avtaler eller joint ventures vedtekter som nettopp gir eierne lik rett til å peke ut styremedlemmer, eller representanter til lignende beslutningsorganer, til tross for at eierne har ulikt antall aksjer i joint venturet, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 20. Beslutningsorganet er da avhengig av at de "fraksjonene" det består av oppnår enighet for å være beslutningsdyktig. Men felles kontroll er da betinget av at beslutningsorganet det gjelder har kompetanse til å treffe beslutninger som gjelder den strategiske kommersielle atferden til joint venture.

Noen eksempler fra Kommisjonspraksis kan illustrere poengene:

I **Reuters/Equant-Project Proton**¹⁵ hadde partene henholdsvis 51 % og 49 % av aksjene i joint venturet, så det var ikke likhet med hensyn til aksjebeholdning. Normalt ville den ene parten ha kunnet utøve bestemmende innflytelse, fordi beslutninger kunne fattes med simpelt flertall. Men, begge eierforetak var gitt rett til å utpeke to styremedlemmer hver, og beslutninger som gjaldt den strategiske kommersielle atferden til foretaket var forbeholdt styret. Dette ga hver av partene mulighet til å blokkere beslutninger som påvirket den strategiske kommersielle atferden til joint venturet, og det forelå således felles kontroll, til tross for at den ene eieren hadde aksjemajoritet.

Saken i **Renault/Volvo**¹⁶ dreide seg om flere transaksjoner mellom de to partene. Blant annet opprettet de et bil-joint venture, der de byttet 20 - 25 % av aksjene i de respektive foretakene med hverandre. Minoritetspostene som hver av partene ervervet i den andre partens foretak medførte ikke at den opprinnelige eier mistet majoritetsrepresentasjonen i de respektive styrene. Kommisjonen fant at ombyttingen av aksjene ikke var tilstrekkelig til å medføre felles kontroll, da majoritetseieren fortsatt kunne opptre uavhengig med hensyn til den strategiske kommersielle atferden fordi minoritetseieren ikke hadde kompetanse til å blokkere beslutninger av slik art, hverken på rettslig eller faktisk grunnlag.

¹⁵ (Sak COMP/M1875) (2000)

¹⁶ (Sak IV/M04) (1990)

2.3.2 Felles kontroll basert på vetorett eller krav til kvalifisert flertall

Felles kontroll kan også foreligge til tross for ulikhet mellom eierforetakene med hensyn til kvantitativ stemmerett og representasjon i beslutningsorganer. Minoritetseiere kan nemlig være gitt muligheten til å utøve bestemmende innflytelse over joint venturet i form av vetorettigheter eller ved at beslutningsdyktighet er betinget av kvalifisert flertall, jfr. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 2.2.

Dersom det stilles krav til kvalifisert flertall eller enstemmighet, som gjør at minoritetseierens stemme er nødvendig for å oppnå gyldig flertall ved vedtak fattet av generalforsamlingen eller i styret, så vil dette de facto være en vetorett for minoritetseieren. Det samme gjelder der beslutninger må godkjennes av et særskilt organ, der minoritetseieren er representert og dets stemme er nødvendig for at det skal foreligge beslutningsdyktighet. Disse situasjonene behandles derfor sammen, og jeg bruker i hovedsak vetorett som et fellesbegrep.

Ikke enhver vetorett kan utgjøre felles kontroll i FKF's forstand. For at vetoet skal medføre avgjørende innflytelse, og dermed felles kontroll, må den være knyttet til avgjørelser som bestemmer den strategiske kommersielle atferden til joint venture, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 21. Disse er behandlet under redegjørelsen for kontrollbegrepet i kapittel 2.2.

Konsentrasjonsmeddelelsens punkt 23 fremhever særlig relevansen av vetorett over joint ventures budsjett, forretningsplan, vesentlige investeringer og utnevning av dets toppledelse med hensyn til felles kontroll. Kommisjonen gir videre veiledning i punkt 29, der den uttaler at vetorettigheter som ikke er relatert til joint ventures kommersielle strategi, budsjett eller forretningsplan ikke er tilstrekkelig til å medføre felles kontroll. Vetorett over forretningsplanen til et joint venture vil være av særlig stor betydning der denne inneholder de overordnede kommersielle og strategiske mål for dens forretningsvirksomhet. I **Saab Ericsson Space**¹⁷ var joint venturet eid av to parter, som hadde henholdsvis 40 % og 60 % eierandel. Felles kontroll ble stadfestet bl.a. fordi forretningsplanen enstemmig måtte godkjennes av begge. Det ble fremhevet at fordi forretningsplanen inneholdt strategiske beslutninger om joint ventures kvantitative og kvalitative mål og midler for å nå disse, og også prisstrategi, budsjettbestemmelser og investeringsplaner så forelå det felles kontroll.

¹⁷ (Sak IV/M.178) (1992)

Det er ikke nødvendig å ha vetorett over samtlige av disse beslutningene for å stadfeste felles kontroll, det vil bero på en konkret vurdering av den enkelte sak. Noen av de nevnte rettigheter kan i det konkrete joint ventures tilfelle være viktigere enn det som gjelder for andre joint ventures. Eksempelene nevnt er ikke en uttømmende liste over relevante beslutninger, og det åpnes også for at andre enn de nevnte vetoetter kan medføre felles kontroll, der de er av vesentlig betydning i det markedsområdet joint venturet opererer i. I Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 28 nevnes som eksempel at en vetorett over den teknologi som joint venturet skal anvende kan medføre avgjørende innflytelse der teknologi er en viktig del av joint ventures aktiviteter, og har en sentral tilknytning til joint ventures kommersielle virksomhet.

Fordi det sentrale er at det i fellesskap skal utøves avgjørende innflytelse over den kommersielle strategien er det heller ikke påkrevd for felles kontroll at eierforetaket har innflytelse over den daglige driften av joint venturet. Som vi skal se under kapittel 3, er dette et kompetanseområde som er forbeholdt joint ventures ledelse. Det er beslutningsmyndighet over joint ventures overordnede forretningsmessige mål og midler for å oppnå disse som er relevante. Det er kontrollen over dette som sier noe om joint venturet og dets eiere som aktører på markedet, og det er dette som er interessant i et konkurranserettslig perspektiv.

Hvordan Kommisjonen i praksis fastslår felles kontroll på grunnlag av vetoetter kan illustreres ved noen av dens saker saker:

I **ENEL/FT/DT**¹⁸ resulterte transaksjonen i opprettelsen av et joint venture der tre eiere hadde henholdsvis 51 %, 24,5 % og 24,5 % av aksjene. De to minoritetseierne skulle overføre samtlige av sine aksjer til et eget joint venture, som så skulle utøve stemmeretten samlet. Majoritetseieren hadde rett til å utpeke fem styremedlemmer, minoritetseierne to hver. Dette styrets beslutningsdyktighet var i utgangspunktet kun betinget av simpelt flertall, men minst 6 stemmer måtte til for avgjørelser av viktig strategisk kommersiell art. Derfor var minst en av minoritetseiernes stemme nødvendig, i tillegg til majoritetseiernes, for å oppnå beslutningsdyktighet. Ettersom disse ville

¹⁸ (Sak IV/JV2) (1998)

stemme samlet, forelå det et de facto krav om enstemmighet, og dermed ble samtlige eiere ansett for å ha felles kontroll.

I **Conagra/Idea**¹⁹ medførte en sammenslåing av selskapene at Idea ervervet 20 % av joint venturets kapital og 26 % av stemmene i styret, med en opsjon på inntil 50 % av aksjene. Conegra/Industrie hadde 74 % av stemmene. Det var altså svært stor ulikhet mellom eierne med hensyn til aksjer og stemmerett. Aksjeeieravtalen inneholdt imidlertid om krav om et kvalifisert flertall på 75 % for beslutninger angående aksjeerverv av ethvert slag, aksjeskrivning, kapitalreduksjon, budsjettgodkjennelse, vesentlige investeringer, lansering av nye produkter og ansettelse til ledelsesstillinger. Kommisjonen la særlig vekt på stemmekravet med hensyn til budsjett og vesentlige endringer av dette, strategiske planer, og vesentlige investeringer. Disse gikk utover den vanlige beskyttelsen som gis minoritetsaksjeeiere. Flertallskravet gjorde det umulig å drive joint venturet uten minoritetsaksjeeieren tilslutning, pga. evnen til å blokkere beslutninger, og det forelå derfor felles kontroll.

Ericsson/Nokia/Psion²⁰ dreide seg om et tilfelle der de tre eierne hadde henholdsvis 30 %, 30 %, og 40 % av aksjene i joint venturet, og retten til å utpeke representanter til beslutningsorganene tilsvarte ulikheten i eierskapet. Men, for beslutninger som gjaldt forretningsplanen, årsbudsjettet og utnevning av administrerende direktør, så gjaldt det krav om et kvalifisert flertall på 75 %, som innebar at samtlige parter måtte gi sin tilslutning. Dette ga hver av partene mulighet til å blokkere slike beslutninger, og resulterte dermed i felles kontroll.

2.3.3 Felles kontroll basert på samlet utøvelse av stemmerett

En tredje situasjon som kan danne grunnlag for felles kontroll er der flere eierforetak, som hver for seg besitter aksjeposter som er utilstrekkelig til å utgjøre felles kontroll, ved samlet utøvelse av sine respektive stemmerettigheter danner en stemmeblokk som utgjør en majoritet av de stemmeberettigede, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 30.

¹⁹ (Sak IV/M10) (1991)

²⁰ (Sak COMP/JV6) (1998)

Felles kontroll oppnås der denne stemmeblokken kan utøve bestemmende innflytelse over joint venturet.

Grunnlaget for den samlede utøvelsen av stemmerettene kan enten være avtaler mellom disse minoritetseierne eller faktiske forhold som fører til en samlet opptreden. Forholdene som medfører at minoritetseiere utøver stemmeretten må være av stabil karakter, slik at det ikke oppstår fare for endring av koalisjonen; partene må utgjøre en varig og stabil stemmeblokk.

2.3.3.1 Avtaler om samlet utøvelse av stemmerett

Der det foreligger et avtalegrunnlag for den samlede opptreden betyr dette at minoritetseierne enten kan inngå bindende avtale om å stemme samlet, eller de kan overføre stemmerettene til et holdingselskap, som opptrer og stemmer på vegne av eierne. Resultatet blir det samme. Slike avtaler kan altså utgjøre et kontrollerverv i FKF's forstand, i det minoritetseiere som alene ikke har avgjørende innflytelse, kan få det ved å opptre samlet. Avtaler om å stemme samlet kan derfor utløse en notifikasjonsplikt til Kommisjonen, til tross for at det ikke skjer en endring med hensyn til eierskap eller stemmerett. Dette er i tråd med ordlyden i FKF Art. 3 (3), som også omfatter kontroll som erverves gjennom avtaler.

I **Asko/Jacobs/Adia**²¹ var situasjonen at to minoritetseiere, som til sammen eide 53 % av et joint venture, overførte sine aksjer i dette til et holdingselskap. Dette holdingselskapet var eid av minoritetseierne med en halvpart hver, og medførte at minoritetseierne samlet sine aksjeposter slik at de samlet oppnådde en majoritet i det ervervede foretaket. Ettersom de to minoritetseierne i fellesskap da kunne utøve avgjørende innflytelse over joint venturet forelå det felles kontroll.

2.3.3.2 Samlet utøvelse av stemmerett på grunnlag av sterke felles interesser

Det andre alternative grunnlaget for samlet opptreden innebærer at felles kontroll kan være basert på at minoritetseiere i så stor grad deler felles interesser, som tilsier at de ikke vil opptre uavhengig av hverandre med hensyn til utøvelse av stemmerett, jf.

²¹ (Sak IV/M82) (1991)

Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 32. Kommisjonen uttaler at felles kontroll på dette grunnlag av slik samordnet opptreden utgjør et svært sjeldent tilfelle. Det må foreligge faktiske forhold som gjør at den økonomiske konsekvensen av å opptre uavhengig av hverandre i sterk grad taler for en samordnet opptreden. Interessene som binder minoritetseierne til hverandre kan være av økonomisk art eller også av ren praktisk art, f. eks. der eiernes individuelle bidrag til joint venturet er vitale for dets aktiviteter. Kommisjonen vil ta i betraktning hvorvidt det foreligger tidligere bånd mellom eierne, om engasjementet i joint venture er et resultat av samordnet opptreden, og om de resterende aksjer er fordelt på flere, små eiere.

Et eksempel på felles kontroll etter dette grunnlag finnes i **Hutchison/RCPM/ECT**²². Joint venture var eid av fire eiere, med henholdsvis 35 %, 35 %, 28 % og 2 % av aksjene. Innehaveren av aksjeposten på 28 % ble ansett for å ha en ren investeringsinteresse i joint venturet. Det forelå ingen avtaler mellom de to største minoritetseierne om å stemme samlet, og det forelå et krav om kvalifisert flertall tilsvarende 60 % for beslutningsdyktighet. Kommisjonen analyserte forholdet mellom disse to partene og fant flere bånd mellom dem. For det første hadde partene tidligere vært engasjert i felles transaksjoner, som hadde gitt dem gjensidig innsyn i hverandres kommersielle målsetninger og midler for å nå disse. Disse var i stor grad felles. De var også gjensidig avhengige av hverandre med hensyn til joint ventures suksess, pga. deres respektive bidrag til joint venturet. I tillegg hadde de to eierforetakene stilt en felles garanti overfor investoreieren, som også innebar en gjensidig garanti for hverandres varige engasjement i joint venturet. Kommisjonen fant at disse momentene sett i sammenheng førte til en situasjon der de to eierne hadde en så stor grad av felles interesser som tilsa at de ikke ville utøve sine respektive stemmeretter uavhengig av hverandre, og de hadde derfor felles kontroll over foretaket.

2.3.4 Felles kontroll basert på faktiske forhold

Eksemplet over viser at felles kontroll kan være begrunnet i faktiske forhold som medfører en samlet utøvelse av stemmerett, slik at minoritetseiere danner en majoritet. Men, etter ordlyden i Art. 3 (3) kan også faktiske forhold gi grunnlag for felles kontroll

²² (Sak COMP/JV55) (2001)

i andre situasjoner. Det avgjørende for felles kontroll er at de som innehar den avgjørende innflytelsen må oppnå enighet for å kunne drive joint venture. Dette fordrer en nærmere analyse av forholdet mellom partene.

I **Renault/Volvo** saken nevnt ovenfor, opprettet de to partene også et lastebil-joint venture, der de byttet aksjer i hverandres foretak med hensyn til 45 %. Hver part ervervet altså en vesentlig større andel i den annen parts lastebil-joint venture enn hva gjaldt bil-joint venture. Aksjeervervene i seg selv var allikevel ikke nok til å medføre felles kontroll, da de beholdt hver sine majoritetsposter på 55 %. Kommisjonen analyserte situasjonen nærmere og fant at de tilnærmet like aksjepostene på 45 % og 55 % medførte en nærmest lik fordeling av tap og gevinst fra samarbeidet, og at dette utgjorde sterke felles interesser. I tillegg forelå det avtaler der partene hver for seg rettslig hadde forpliktet seg til å bidra med spesialisert forskning og produksjon på en måte som gjorde de ferdige resultater avhengig av begges innsats. Kostnadene ved et eventuelt opphør av samarbeidet ville være svært store og konkurranseevnen ville svekkes overfor andre konkurrenter. Dette skapte en gjensidig avhengighet mellom partene. Kommisjonen uttalte at det forelå en faktisk situasjon som gjorde at partene ikke kunne drive joint venture uten hverandres tilslutning, og dette utgjorde de facto felles kontroll.

Saken viser at felles kontroll kan oppstå, til tross for at det er en majoritetsseier, ingen vetorett for minoritetsseieren og heller ingen avtaler om samlet utøvelse av stemmerett.

2.4 Krav til varighet

For at et joint venture som opprettes skal anses for å være underlagt felles kontroll er det et vilkår at denne kontrollendringen er av varig karakter. Dette henger sammen med kravet om at det kun er varige strukturendringer som omfattes av FKF. Dersom det foreligger avtaler som medfører at situasjonen som medfører felles kontroll vil endre seg etter en stund, så vil Kommisjonen vurdere det slik at det i realiteten foreligger enekontroll fra starten av, jf. Konsentrasjonsmeddelelsen punkt 38. Det kan spørres hva slags tidsperspektiv "en stund" utgjør. Det er ikke et vilkår at felles kontroll opprettholdes i det uendelige, for at varighetskravet skal være tilfredsstillt. På den annen side gir Kommisjonen uttrykk for at en periode på tre år er utilstrekkelig.

Varighetskravet for felles kontroll må uansett sees i sammenheng med kravet om at joint venture som opprettes skal være en selvstendig økonomisk enhet på varig basis, se under oppgavens punkt 3.5.

2.5 Oppsummering

Det er blitt vist at en rekke forskjellige situasjoner kan være grunnlag for felles kontroll i FKF's forstand. Vi har sett over at grunnlaget for felles kontroll kan være eierskap i joint venture, forskjellige avtaler mellom eierne, stemmegivningsregler og faktiske forhold. Dette medfører stor frihet for partene i forhold til hvordan de vil strukturere kontrollen over et joint venture, og kombinasjonene som kan tenkes er nærmest uendelige. Det avgjørende vil i alle tilfeller være hvorvidt to eller flere av eierne tvinges, av rettslige eller faktiske årsaker, til å oppnå enighet for å utøve den avgjørende innflytelsen over joint venture. Felles kontroll står og faller på oppfyllelse av dette vilkåret.

3 Vilkår 2: Selvstendig økonomisk enhet - full funksjons-vilkåret

3.1 Generelt

Dersom et joint venture er kontrollert av to eller flere eiere på en slik måte som beskrevet ovenfor, så kan det utgjøre en konsentrasjon som omfattes av FKF. Men i tillegg kreves det at det oppfyller kravet om et *full funksjons* joint venture.

FKF Art. 3 (2) lyder:

"The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b)"

Dette full funksjons-vilkåret innebærer at det stilles kvalitative krav til joint venture for at det skal omfattes av FKF. Grovt sagt krever vilkåret at joint venture opererer på samme måte som andre foretak i det samme markedet gjør, jf. Full funksjons Meddelelsen punkt 12. Dette medfører at det stilles krav til arten og omfanget av joint ventures virksomhet.

Videre er det et krav at joint venture er i stand til, på varig basis, å ivareta alle de funksjonene som andre uavhengige økonomiske foretak vanligvis gjør. For å kunne være selvstendig fungerende er joint venture avhengig av en tilgang til tilstrekkelige ressurser.

Det stilles derfor krav til joint ventures autonomi, både med hensyn til rettslig status og dets forhold til sine eiere, i det det må utgjøre en selvstendig økonomisk enhet. De vilkårene som retter seg mot joint ventures aktiviteter og rettslige status kan muligens karakteriseres som formelle vilkår, fordi de retter seg mot forhold som objektivt kan konstateres. Dersom joint venture oppfyller disse kravene, sier det allikevel ingenting om i hvilken grad det vil kunne være underlagt føringer fra eiernes side. Det kan derfor også reises spørsmål ved joint ventures reelle uavhengighet, dvs. i hvilken grad det vil utøve forretningsvirksomhet på selvstendig basis, og ikke som en slags underavdeling for eierne. Ved vurderingen av dette er de forretningsmessige bånd mellom joint venture og dets eiere av stor betydning.

Begrunnelsen for full funksjons kravene er at det bare er transaksjoner som resulterer i strukturendringer som omfattes av FKF. Dersom joint venturet ikke utgjør en selvstendig enhet på lik linje med andre aktører i markedet innebærer det ingen varige endringer i markedsstrukturen, i det aktørene forblir de samme. En strukturendring forutsetter, foruten kontrollendringer som nevnt under kapittel 2, at det oppstår en ny aktør på markedet. Dette er jo klart i de rene fusjonstilfeller, da de opprinnelige foretakene "smelter sammen" i et nytt. Full funksjons-kravene sikrer at det kun er joint ventures som innebærer en stor grad av integrasjon med hensyn til ressurser som omfattes²³, dvs. at de strukturendringer som oppstår i stor grad kan sammenlignes med virkningene av rene fusjoner.

Kommisjonen har utgitt en meddelelse der den gjør nærmere rede for hva som ligger i kravet om at joint ventures skal være full funksjons, Commission Notice on the concept of full-function joint venture²⁴, heretter kalt Full funksjons Meddelelsen. Denne er kun en redegjørelse for hva Kommisjonen legger i begrepet full funksjons, og sier ingenting om joint ventures innvirkning på konkurransen. Jeg vil se på hva som er relevant ved vurderingen av hvorvidt et joint venture er full funksjons, med utgangspunkt i momentene i Kommisjonens meddelelse, og se den i sammenheng med den foreliggende praksis.

Det er fire hovedtemaer som er relevante ved vurderingen²⁵; joint ventures aktivitet, dets ressurser, grad av vertikale bånd til eierne og strukturendringens varighet. I teorien er fremstillingen av kravene til full funksjons joint ventures gjort på forskjellige måter²⁶. Jeg har i det følgende valgt å dele opp fremstillingen av full funksjons-vilkåret etter de fire nevnte hovedområdene, da det etter min mening er det mest oversiktlige, og også det som best samsvarer med fremstillingen i Full funksjons Meddelelsen.

²³ Cook og Kerse s. 49

²⁴ (98/C 66/01)

²⁵ Se Hawk og Huser s. 39

²⁶ Se Hawk og Huser s. 39-51, Faull & Nikpay s. 217-222, Navarro m. fl. s. 40-53

3.2 Krav til arten og omfanget av joint venturets virksomhet

For å være full funksjons så må joint venturet som nevnt utføre alle de aktiviteter som andre foretak som opererer på det samme relevante markedet gjør²⁷. Det vil si at omfanget og arten av joint venturets virksomhet må være sammenlignbart med andre selvstendige foretak. Joint venturet må ha en tilstedeværelse på markedet og drive med virksomhet som er anerkjent²⁸. Dersom det f.eks. pretenderer å være en oljeleverandør så er det ikke tilstrekkelig at dets virksomhet er begrenset til markedsføring av (typisk eiernes) oljeprodukter. Hvorvidt de aktiviteter som joint venturet skal utføre utgjør en selvstendig kommersiell funksjon må vurderes konkret i forholdet til den aktuelle sektoren. Eksempelvis kan et legemiddelfirma vanskelig være foruten egen forskningsvirksomhet, mens transportforetak kan klare seg uten. I **ATR/B Ae**²⁹ ble det reist tvil om den virksomheten joint venturet på sikt skulle utføre ville utgjøre en selvstendig anerkjent forretningsaktivitet, da det var usikkert om produktet i det hele tatt ville få et marked.

Det må også avgrenses mot joint ventures som er opprettet kun i det øyemed å koordinere den konkurransemessige atferden mellom eierne³⁰. Dette innebærer ingen strukturendring fordi joint venturet ikke vil operere som en selvstendig økonomisk enhet, og representerer kun en atferdsregulering.

Det å ivareta de funksjoner som tilsvarende uavhengige foretak gjør betyr ikke at joint venturet er nødt til å være aktiv i ethvert ledd i en verdikjede, fra produksjon til salg. Dette er heller ikke noe sammenlignbare foretak nødvendigvis gjør, og hva som anerkjennes som en selvstendig virksomhet vil variere fra sektor til sektor. Full funksjons kravene innebærer derfor intet hinder for outsourcing, men der dette i stor grad gjøres til eierne kan det oppstå tvil med hensyn til uavhengigheten, i hvert fall der avtalene ikke er inngått på vanlige forretningsmessige vilkår. Joint venturets forretningsmessige bånd til eierne behandles nærmere under kapittel 3.4.

²⁷ Hawk og Huser s. 39, se Full funksjons Meddelelsen punkt 12.

²⁸ Cook og Kerse s. 50

²⁹ (Sak IV/M551) (1995)

³⁰ Ryssdal s. 76

Et joint venture utelukkes fra å anses som full funksjons der det kun tar over en bestemt del av eierforetakenes virksomhet *uten selvstendig tilgang på markedet*, jf. Full funksjons Meddelelsen punkt 13. I **Viag/Orange**³¹ fremhevet Kommisjonen under full funksjons-vurderingen at joint venturet skulle operere direkte på markedet ved å tilby sine tjenester til privatpersoner og næringslivet. Se også **Reuters/Equant - Project Proton**, der det ble vektlagt at joint venturet skulle samhandle direkte med leverandører og kunder. Eksempelvis vil joint ventures som kun fungerer som eksklusive produsenter, distributører eller salgsagenter for eierne ikke oppfylle full funksjons-vilkåret. Dette er fordi de ikke har noen samhandel med andre foretak på markedet enn eierne, og vil derfor bli ansett for å være en underavdeling av eierne, som driver med interne oppgaver, i motsetning til et selvstendig foretak. Et slikt joint venture karakteriseres som *single function* eller *partiell full-function* og omfattes ikke av FKF. Et eksempel på dette finnes i **Electrokabel/Energia/Italiana Interpower**³², der joint venturet ikke ble ansett som full funksjons, blant annet fordi 85-95 % av dets salg skulle skje til eierne. Joint venturet hadde derfor ingen selvstendig funksjon på markedet, idet det ikke hadde egen kundemasse eller egen kommersiell strategi.

Der eierne er en av flere av joint ventures leverandører eller kunder vil det kunne stille seg annerledes, noe som behandles under punkt 3.4.

Hva slags aktiviteter et joint venture utfører kan aldri være avgjørende for dets rettslige status; det finnes nok av eksempler på heleide underavdelinger som utfører aktivitet på lik linje med selvstendige foretak. Og dersom det motsatte skulle være tilfelle, at et selvstendig foretak ikke utfører selvstendig virksomhet, så vil det neppe være en situasjon som opprettholdes på varig basis, og dermed innebære en strukturendring. I tillegg medfører vilkåret om at det kun er strukturendringer som omfattes at joint ventures hvis produksjon er fullstendig myntet på eierne ikke innebærer noen aktør-endring i markedet. Slike joint ventures oppfyller ikke kravet om en reell kommersiell eksistens uavhengig av eierne.

³¹ (Sak IV/JV4) (1998)

³² (Sak COMP/M.3003) (2002)

Det utelukker ikke oppfyllelse av full funksjons-vilkåret at joint venturet benytter seg av eiernes distribusjons- eller salgsapparat, men det er betinget av at eierne kun opptrer som agenter for joint venturet. Dette vil behandles under punkt 3.4.2.

3.3 Selvstendig tilgang til tilstrekkelige ressurser.

3.3.1 "Tilgang til" ressurser

For at et joint venture skal kunne operere på markedet og utføre de funksjoner som andre selvstendige foretak gjør, så er dette betinget av at det har tilgang til ressurser. I forbindelse med opprettelsen av et joint venture vil nødvendigvis eierne bidra med ressurser, men det kan være variasjoner med hensyn til hva slags og hvor mye. Full funksjons Meddelelsen punkt 12 sier at joint venturet må ha *"access to sufficient resources, including finance, staff, and assets (tangible and intangible)"*.

Eksemplifiseringen som gis er svært generell i sin ordlyd, og dekker vel det meste av relevante ressurser, uten å være uttømmende. F. eks. ble overføringer av eiernes kontrakter og kundeportefølje også ansett som relevante ressurser under full funksjons vurderingen i **BT/AT&T**³³. I **Omnitel**³⁴ ble en konsesjon ansett som en relevant ressurs, da joint ventures virksomhet var betinget av at det var tildelt slik. Konkret omfatter materielle ressurser aktiva som f. eks. fast eiendom, lokaler, fabrikker, maskinpark. Immaterielle aktiva omfatter lisenser, patenter, opphavsrettigheter, varemerker, o.l.

Vilkåret skiller seg fra kravet til omfanget av joint ventures aktiviteter, fordi selvstendig ressurstilgang er en forutsetning for å anses som en selvstendig økonomisk enhet. Poenget er at joint venturet skal være i stand til å opptre uavhengig av eierne på sikt, og dette forutsetter en selvstendig ressurstilgang.

Der eierne overfører eiendomsretten til alle sine ressurser på området til joint venturet er tilgangskravet klart oppfylt³⁵, da joint venturet får full råderett.

³³ (Sak COMP/JV15) (1999)

³⁴ (Sak IV/ M538) (1995)

³⁵ Hawk og Huser s. 40

Ordlyden i Full funksjons Meddelelsen ble endret i 1997. Tidligere ble full funksjons joint ventures beskrevet som foretak som *hadde* tilstrekkelige ressurser, dvs. eiendomsrett til ressurser, uten at dette var nærmere definert. Det ble gjort unntak for intellektuelle rettigheter, der joint venturet ble gitt en lisens for dets levetid³⁶. I praksis aksepterte også Kommisjonen et unntak fra hovedregelen om eiendomsrett dersom det forelå objektive grunner til det, f. eks. dersom det dreide seg om ressurser som vanskelig kunne skilles fra eierens ressurser. Et eksempel på dette var i **Dupont /Hitachi**³⁷, der eierne bl.a. beholdt eiendomsretten over produksjonsanlegget. Anlegget var en integrert del av en større næringspark, og kunne vanskelig skilles ut til en separat enhet. Imidlertid ble joint venturet gitt den full strategiske kontroll over anlegget, som eksklusivt skulle benyttes til produksjon for joint ventures formål. Kommisjonen godtok dette, og henviste til at dette var i tråd med sin tidligere praksis.

Men etter den endrede ordlyden i Full funksjons Meddelelsen å dømme, skulle det være tilstrekkelig at joint venturet har en "tilgang til ressurser", og ikke eiendomsrett. Det er heller ingenting i ordlyden som antyder at joint venturet må ha en råderett over ressursene på lik linje med en eiers. Det kan derfor spørres om det har skjedd en lemping av kravet om ressurstilgang, slik at det nå bare kreves at eierne stiller de nødvendige ressursene til disposisjon for joint venturet.

Et eksempel på hvordan Kommisjonen tolker kravet om tilgang til ressurser i dag finnes i **KLM/ALITALIA**³⁸: *"The Merger Regulation requires that the joint venture has access to all the necessary resources, but does not require that the joint venture be the owner of such resources. The parents may very well retain property ownership rights over such resources, which are made available to the joint venture"*

Denne uttalelsen fra Kommisjonen trekker i retning av at eierne kan beholde den fulle rådighet over ressursene, bare de gir joint venturet tilgang til dem. Men dette vil kunne medføre problemer dersom eierne beholder full råderett over de nødvendige ressurser.

³⁶ Se Commission Notice 1994 on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures punkt 13.

³⁷ (Sak IV/M944) (1997)

³⁸ (Sak COMP/JV19) (1999)

Da vil de kunne trekke tilbake joint venturets adgang til disse når som helst, noe som gjør joint venturet avhengig av eieren, og underlagt deres føringer. Derfor kan det spørres om det ikke kreves noe mer enn en ren tilgang, f. eks. at det må foreligge avtaler om at eier ikke kan trekke tilbake tilgangen. I uttalelsen som siteres henviser Kommisjonen til sin avgjørelse i **ENEL/FT/DT**, der joint venturet som ble anerkjent som full funksjons skulle benytte seg av eierens nettverk. Adgangen var sikret ved kontrakt, og for en tidsbestemt periode. Dette kan derfor tyde på at den selvstendige adgangen til ressurser må sikres slik at joint venturets tilgang til ressursene ikke kan begrenses. Dersom eieren er forpliktet til å til å stille ressursene til disposisjon, uavhengig av skiftende vilje, vil joint venturet være sikret en selvstendig adgang.

Navarro m. fl. ser ut til å mene at den endrede ordlyden ikke var ment å innebære noen realitetsendring, og at hovedregelen fortsatt er at det kreves overføring av eiendomsrett til ressursene, med unntak for intellektuelle rettigheter og der det finnes objektive begrunnelser³⁹. Nikpay og Faull antyder at betydningen av eierforhold over ressurser kan variere etter hvilken grad av uavhengighet joint venturets ledelse har i forhold til eierne⁴⁰.

I punkt 12 av Full funksjons Meddelelsen, gir Kommisjonen en henvisning til sin egen praksis fra før ordlyden ble endret, og dette kan tolkes til inntekt for at det ikke var ment å foreta en endring i kravet om joint ventures ressurstilgang. I tillegg må tilgangskravet leses i sammenheng med det overordnede formålet om at joint venturet skal fungere som en selvstendig økonomisk enhet. Dette innebærer at ressurstilgangen også må være selvstendig. Dette innebærer at der eierne beholder eiendomsretten, må allikevel joint venturet være gitt den strategiske kontrollen over ressursene, f.eks. ved at det selv kan bestemme produksjonsvolum, og at dets tilgang er ubegrenset.

Når disse faktorene ses i sammenheng tyder dette på at den endrede ordlyden derfor ikke var ment å innebære en lemping av tilgangskravet, men heller fange opp den praksis som var utviklet av Kommisjonen, der den aksepterer at eierne beholder eiendomsretten dersom joint venturet blir gitt den reelle kontrollen over ressursene. Nå var dette, som nevnt, betinget av at de forelå objektive grunner til at eiendomsretten ikke ble overført, og igjen kan det spørres om dette fortsatt er et krav. I det ene saken

³⁹ Navarro m. fl. s. 42 og 44

⁴⁰ Nikpay & Faull s. 220

som Kommisjonen henviser til fra punkt 12 i Full funksjons Meddelelsen, **British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services**⁴¹, ble tilgangskravet ansett oppfylt der eierne overførte eiendomsretten til ressurser til et leasingselskap, som joint venturet igjen skulle lease utstyret fra. Situasjonen var da slik at eierne ikke lenger hadde eiendomsrett, og joint venturets avtale med leasingforetaket ble inngått på vanlige forretningsvilkår som sikret tilgangen. Det ble ikke uttalt hvorvidt ordningen var objektivt begrunnet. I **Cable and Wireless/Maersk**⁴² ble joint venturet godkjent som full funksjons, til tross for at det ikke skulle ha egne ansatte. Men det skulle benytte seg av innleid personale, som det selv inngikk kontrakter med, slik at eierne heller ikke her var involvert.

I **KLM/Alitalia** var det klart praktiske årsaker til at fellesforetaket⁴³ ikke kunne få overført ressursene, da den ressurs det dreide seg om var eiernes leveringskapasitet som igjen dannet grunnlaget for infrastrukturen foretaket skulle utføre sin virksomhet i. Også sakene **Philips/Chevron/JV**⁴⁴ og **Brambles/Ermewa/JV**⁴⁵ behandler tilfeller der eierne av praktiske hensyn beholder eiendomsretten, mens joint venturene er gitt den strategiske kontrollen. I begge sakene blir det fremhevet av Kommisjonen hvilke begrunnelser som ligger bak ordningen, og dette tyder på at det fortsatt er et krav om objektiv begrunnelse for at eierne beholder eiendomsretten over ressurser som joint venturet skal benytte.

Full funksjons Meddelelsen punkt 12 fastsetter også et krav om at joint venturet har en egen ledelse som tar seg av den daglige driften. Kravet om egen ledelse kom inn etter endringen i 1997. Etter ordlyden å dømme, kreves det mer enn en *tilgang* til en ledelse, det er et krav at joint venturet har et *eget* ledelsesorgan.

Et tolkningsproblem kan oppstå når det på den ene siden oppstilles krav om at joint venturets ledelse skal ta seg av den daglige driften, mens det på den andre siden er et vilkår for å omfattes av FKF at joint venturet er underlagt eiernes felles kontroll, jf. redegjørelsen i kapittel 2. Joint venturet skal altså være selvstendig med hensyn til

⁴¹ (Sak IV/M791) (1996)

⁴² (Sak IV/M951) (1997)

⁴³ Saken gjaldt en konsentrasjon mellom eierne som ikke var et typisk joint venture, men en "allianse" som allikevel ble anerkjent som en konsentrasjon i FKF's forstand.

⁴⁴ (Sak COMP/M1966) (2000)

⁴⁵ (Sak COMP/M2023) (2000)

beslutninger som gjelder den daglige driften, og samtidig være underlagt eiernes avgjørende innflytelse over avgjørelser som angår dets strategiske kommersielle atferd.

Det må derfor foretas en sontring mellom hvilke typer beslutninger som faller inn under disse to kategoriene, som utgjør to kompetanseområder. En måte å kategorisere disse på er å se eiernes kompetanseområde som de beslutninger som *former* joint venturets forretningsmessige strategi, mens det kompetanseområdet som er forbeholdt joint venturets ledelse er selve *iverksettelsen* av denne. For dersom selve iverksettelsen også skal bestemmes av eierne, så svekker dette joint venturets selvstendighet i forhold til eierne, og det kan reises tvil om opprettelsen medfører en strukturendring⁴⁶.

Jeg har allerede redegjort under kapittel 2 for hva slags beslutninger som omfattes av kontrollbegrepet, som inkluderer det å ha avgjørende innflytelse over sammensetningen av joint venturets beslutningsorganer.

Beslutninger som da forbeholdes ledelsen vil være de som ikke er *avgjørende* for den langsiktige strategiske kommersielle atferden til joint venturet, men som allikevel kan ha betydning for den⁴⁷. Begrunnelsen for dette er at full funksjons-kravet er en del av kravet om at det kun er strukturelle endringer som omfattes av FKF. Typiske beslutninger som omfattes er de som gjelder prising, produksjonsvolum, råvarekilder, valg av kundemasse og ansettelse av mellomledere⁴⁸.

Dette harmonerer med vilkåret for felles kontroll, der det er et krav at eierne har avgjørende innflytelse over den overordnede kommersielle strategien.

Til tross for at joint venturets ledelse som hovedregel vil utpekes av dets eiere, representerer vilkåret et selvstendighetskrav i forhold til eierne. Graden av selvstendighet ledelsen innehar vil være mer viktig dess større omfanget av joint venturets forretningsmessige bånd til eierne er.

⁴⁶ Faull & Nikpay s. 220.

⁴⁷ Navarro m. fl. s. 51

⁴⁸ Faull & Nikpay s. 220, Navarro m. fl. s. 51.

3.3.2 "Tilstrekkelige" ressurser

Vurderingen av hva som kvantitativt og kvalitativt er *tilstrekkelig* med hensyn til ressurser må nødvendigvis gjøres konkret i forhold til det markedet joint venturet skal operere på, og hvilket aktivitetsnivå det legges opp til⁴⁹. Det må altså foretas en vurdering først av hva slags ressurser det kreves at joint venturet har tilgang til. Deretter må det vurderes hvorvidt ressursene er tilstrekkelige, sett hen til joint ventures konkrete behov.

Dersom joint venturet som opprettes tidligere eksisterte som en selvstendig aktør på markedet foreligger det ofte en presumsjon for at det har tilstrekkelige ressurser⁵⁰. Kommisjonen nøyter seg da ofte med å fastslå dette, som f.eks. i **BT/Airtel**⁵¹ og **B Sky B/Kirch Pay TV**⁵², uten noen nærmere redegjørelse. Men det kan tenkes at også der et tidligere eksisterende foretak nå opprettes som et joint venture i FKF's forstand, oppstår behov for overføring av f. eks. varemerker eller firmanavn, som konsekvens av endret virksomhet eller navneskifte.

Tilstrekkelighetsvilkåret innebærer at det både kvalitativt og kvantitativt må tilfredsstille joint ventures konkrete behov. I Full funksjons Meddelelsen punkt 14, tredje avsnitt gis det eksempler på spesifikke ressurser som et omsetningsforetak kan ha behov for:

"In addition, many trade markets may require operators to invest in specific facilities such as outlets, stockholding, warehouses, depots, transport fleets and sales personell."

Den konkrete vurderingen innebærer at det f. eks. vil kunne være stor forskjell på hva som er et tilstrekkelig antall ansatte, avhengig av hva slags virksomhet joint venturet skal drive med. I **Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading**⁵³ ble en beholdning på fire ansatte og en daglig leder ansett som tilstrekkelig. Joint venturet som ble opprettet skulle drive med omsetning av energi, og Kommisjonen uttalte at omsetningsvirksomhet generelt ikke medførte stort behov for arbeidskraft.

⁴⁹ Navarro m. fl. s. 43

⁵⁰ Faull & Nikpay s. 219.

⁵¹ (Sak COMP/JV3) (1998)

⁵² (Sak COMP/JV37) (2000)

⁵³ (Sak COMP/JV28) (1999)

Dersom joint venturets virksomhet krever at de ansatte har spesiell fagkompetanse, kan det tenkes at dette vil være relevant under tilstrekkelighetsvurderingen. Dette ble nevnt i **RSB/TENEX/Fuel Logistic**⁵⁴, der joint venturet bl.a. manglet ansatte med spesiell fagkunnskap og know-how. I eiernes notifikasjon til Kommisjonen hadde de selv gitt uttrykk for en rekke ressurser som det var nødvendig å besitte i den konkrete bransjen joint venturet skulle operere i. Til tross for dette var slike ressurser ikke blitt overført. Kommisjonen fant at eierne i realiteten ville utføre den aktivitet som på papiret skulle utføres av joint venturet, og full funksjons kravet var dermed ikke oppfylt.

Når det gjelder joint venturets kapitalressurser må dets egenkapital sammenlignes med det anslåtte kapitalbehovet. I **VIAG/Orange UK** oversteg joint venturets planlagte investeringer dets egenkapital. Men eierne hadde forpliktet seg i aksjeeieravtalen til å stille den nødvendige tilleggskapitalen til disposisjon for joint venturet, slik at det hadde tilstrekkelig dekning for sin aktivitet. **Tene/Merrill Lynch/Bankers Trust**⁵⁵ dreide seg om et tilfelle der joint venturet ikke ble ansett for å være full funksjons, blant annet fordi dets egenkapital var utilstrekkelig i forhold til dets behov, og anskaffelse av ressurser skulle finansieres ved å ta opp gjeld til aksjeeierne.

3.3.3 Oppstartsperioden og ressursavhengighet

Ved opprettelsen av et joint venture som er et helt nytt foretak eller består av en sammenslåing av eiernes tidligere virksomhet vil som regel dets kapital være overført fra eierne, gjerne i form av betaling for aksjene. Det samme kan også gjelde øvrige ressurser, samt administrative tjenester. Samtidig er det et krav at joint venturet har en selvstendig ressurstilgang, uavhengig av dets eiere. Dersom overføringen av ressursene sikrer joint venturet en tilstrekkelig tilgang *fra og med opprettelsen* reises ingen problemer. Men dersom dette ikke er tilfelle, kan det oppstå tvil ved hvorvidt det faktisk er en selvstendig økonomisk enhet. I utgangspunktet oppstår det nemlig en konflikt mellom vilkåret om selvstendighet og den faktiske situasjon, som er at joint venturet

⁵⁴ (Sak IV/M904) (1997)

⁵⁵ (Sak IV/M722) (1996)

også etter opprettelsen er avhengig av eiernes tilførsel av ressurser. Denne konflikten har Kommisjonen løst ved å godta at joint venturet har en viss ressursavhengighet til sine eiere i oppstartsperioden. I Full funksjons Meddelelsen punkt 14 uttales det at en slik oppstartsperiode normalt ikke må overstige 3 år. Uttalelsen gjelder i utgangspunktet joint venturets avhengighet av salg til og kjøp fra eierne, som vil bli behandlet under 3.4. Men i praksis godtas det også at joint venturet i denne perioden er avhengig av ressurser som ikke nødvendigvis representerer forretningsmessige bånd mellom eierne og joint venturet. Et eksempel er **Hearst/VNU**⁵⁶, der joint venturet også etter opprettelsen skulle motta kontantbeløp fra eierne, samt bistand i forbindelse med opptagelse av lån. Betalingene til joint venturet skulle bare foretas i en begrenset periode, og reiste derfor ingen problemer med hensyn til full funksjons-vilkåret.

Det er opp til de notifiserende parter å sannsynliggjøre at en eventuell ressursavhengighet er forbipasserende, med basis i forretningsplanen eller markedsanalyser⁵⁷.

Et eksempel der joint venture ikke ble ansett som full funksjons finnes i den nevnte **ATR/BAe**. Også etter oppstartsperioden skulle joint venturet være avhengig av ansatte som var utlånt fra eierne. Kommisjonen fant at det ikke var ført klare nok beviser for at dette kun var en midlertidig situasjon, og for at joint venturet på sikt ville få uavhengig ansatte.

3.4 Forretningsmessige bånd til eierne

3.4.1 Generelt

Som nevnt er det vilkår at joint venturet skal opptre på markedet som en autonom økonomisk enhet⁵⁸. Dvs. at det skal operere som en uavhengig leverandør og kunde. En slik uavhengighet forutsetter at det er blitt tilført tilstrekkelige med ressurser, noe som er behandlet ovenfor. Dersom det da er i besittelse av tilstrekkelig ressurser til å opptre uavhengig, er det videre et spørsmål om det *faktisk* kommer til å gjøre det. Til tross for at joint venturet har tilgang til tilstrekkelige ressurser kan det foreligge bånd til eierne

⁵⁶ (Sak COMP/JV33) (1999)

⁵⁷ Faull & Nikpay s. 221

⁵⁸ FKF Art. 3 (2)

som sannsynliggjør at joint venturet allikevel ikke vil opptre som et uavhengig foretak. Dersom dette er tilfellet, vil det ikke bli ansett for å være full funksjons.

Slike forretningsmessige bånd kan enten bestå i at joint venturet er avtaker av eiernes produkter eller tjenester, slik at det står i et kundeforhold. Dette betegnes ofte som at joint venturet er aktiv i et marked som er *nedstrøms* fra eiernes. Det motsatte kan også være tilfelle, nemlig at joint venturet opererer som en leverandør til eieren, eller sagt med andre ord; er aktiv i et marked som er *oppstrøms* fra eiernes. Slike forretningsmessige bånd kan innebære begrensninger på joint ventures autonomi, men det er ingen selvfølgelig konsekvens.

En rekke forhold tas i betraktning når Kommisjonen vurderer joint ventures økonomiske uavhengighet i forhold til eierne. Det er denne vurderingen som skal behandles i det følgende. Vurderingen knytter seg til joint ventures uavhengighet *etter* opprettelse, det er altså en vurdering av hva som er sannsynlig *i fremtiden*. Som nevnt over, under punkt 3.3.3, så godtas det i praksis (og i Full funksjons Meddelelsen) at joint venturet er mer eller mindre ressursavhengig av eierne i oppstartsperioden. Full funksjons Meddelelsen punkt 14 behandler de tilfellene der joint venturet er avhengig av handel med eierne i oppstartsperioden. I **Panagora/DG Bank**⁵⁹ ble et joint venture ansett som full funksjons til tross for at eier skulle være eneste kunde. Det ble sannsynliggjort at dette kun var en midlertidig situasjon, da joint venturet straks skulle oppsøke andre kunder. Denne oppstartsperioden kan være nødvendig for at joint venturet skal etableres skikkelig i markedet, og kanskje kan man si at dette innebærer en berettiget måte for eierne å beskytte sine investeringer på. Som nevnt, må denne perioden normalt ikke overstige 3 år.

Dersom de forretningsmessige bånd til eierne vil strekke seg utover oppstartsperioden, vil det være av betydning i hvor stor grad, og på hvilken måte det foreligger bånd til eierne. Der det på varig basis vil være vesentlige salg eller kjøp mellom eierforetakene og joint venturet, er dette en faktor som taler mot at joint venturet er full funksjons⁶⁰. Når Kommisjonen foretar den konkrete vurderingen av forholdet, skiller den mellom de situasjoner hvor joint venturet er aktiv oppstrøms og nedstrøms fra eierne.

⁵⁹ (Sak COMP/JV14) (1998)

⁶⁰ Full funksjons Meddelelsen punkt 13

3.4.2 Der joint venture er aktivt i et marked som er oppstrøms fra eierne

Full funksjons Meddelelsen punkt 14 gir anvisning på hva Kommisjonen tar i betraktning ved full funksjons vurderingen der joint venture er aktiv i et marked som er oppstrøms fra eieren. Det avgjørende spørsmålet er om joint venture, til tross for salgene til eierforetaket, vil innta rollen som en uavhengig aktør på markedet.

Som hovedregel vil en mangel på annen aktivitet enn salg til eierne utover oppstartsperioden medføre at joint venture ikke kvalifiserer til et full funksjons joint venture. I **BT/MCI**⁶¹ fant Kommisjonen at joint venture var tilført tilstrekkelige ressurser, men ettersom det var avtaleforpliktet til ikke å selge til tredjemenn, og skulle operere som eksklusiv leverandør til eierne, så var det ikke full funksjons. Joint venture hadde ingen innvirkning på salgsvilkårene, og var fullstendig underlagt eierne styring. Et unntak fra at eksklusiv leveranse fra joint venture til eieren som hovedregel utelukker anerkjennelse som full funksjons, finnes i **Nokia/Autoliv**⁶². Der skulle eier være eneste avtager av joint ventures produkter. Joint venture ble allikevel omfattet av FKF, fordi eieren hadde et rettslig monopol på produktmarkedet, så det fantes ingen alternative kunder.

Der eierne er en av flere kunder vil flere forhold tas i betraktning ved vurdering av de forretningsmessige båndene. For det første, må det vurderes hvor stor del av dets totale omsetning som er relatert til salg til eierne, jf. Full funksjons Meddelelsen punkt 14, andre avsnitt. Dersom dette utgjør en vesentlig del over lengre periode må grensen til det å anses som et produksjons-joint venture vurderes, og utfallet kan medføre at joint venture ikke anses som full funksjons, men som et foretak underordnet eierne.

For det andre, er det også relevant hvorvidt avtalene skal inngås på vanlige forretningsvilkår, også kalt "arm's length basis". Dette innebærer at avtalens innhold må være som om den hadde vært inngått mellom andre fullstendig uavhengige parter, der de rådene markedsforhold er avgjørende for pris, service- og leveransevilkår, o.l. I

⁶¹ (Sak IV/M353) (1993)

⁶² (Sak IV/M686) (1996)

Philips/Thomsen/Sagem⁶³ uttrykte Kommisjonen bekymringer fordi joint venturet var forpliktet til å selge varer til eierne til gunstigere priser enn markedet tilsa. I **Ericsson/Nokia/Psion** skulle de samme forretningsvilkårene komme til anvendelse på all handel, uavhengig om kunden var en av eierne eller utenforstående tredjepart, og de forretningsmessige båndene til eieren utelukket derfor ikke oppfyllelse av full funksjons kriteriet.

Også joint venturets frihet til selv å velge selv hvem andre de vil selge til er relevant.

I den tidligere nevnte **RSB/TENEX/Fuel Logistic** var joint venturet i praksis forhindret fra å påta seg oppdrag for andre enn eierne, og dette talte mot oppfyllelse av full funksjons-vilkåret.

I Full funksjons Meddelelsen punkt 13 uttaler Kommisjonen at oppfyllelse av full funksjons kriteriet ikke utelukker at joint venturet benytter seg av eierens distribusjonsapparat. Dette er betinget av at eieren kun opptrer som en salgsagent. Med dette menes at joint venturet bærer den økonomiske risiko for salgene, og at eierne inngår videresalgsavtaler på vegne av joint venturet, og ikke i eget navn. Agentforholdet skiller seg dermed fra tilfeller der joint venturet virker som leverandør eller produsent for eierne.

I **RSB/TENEX/Fuel Logistic** uttalte Kommisjonen at dette unntaket bare kan komme til anvendelse der det allerede foreligger en presumsjon for at joint venturet er full funksjons. Det vil si det selvfølgelige at en bruk av eiernes distribusjonsapparat ikke er et moment som styrker full funksjons vurderingen, men et unntak som kan komme til anvendelse der de øvrige full funksjons-kravene er oppfylt.

Smith & Nephew/Beiersdorf⁶⁴ er et eksempel der en vesentlig del av joint venturets produkter, 40 - 60 %, skulle markedsføres gjennom eiers salgskanaler. Fordi eierne kun skulle opptre som agenter, og de øvrige full funksjons-kravene var oppfylt, fant Kommisjonen at joint venturet var full funksjons. I **Skandia/Storebrand/Pohjola**⁶⁵ skulle joint venturet kun benytte seg av eiernes distribusjonsapparat for salg av

⁶³ (Sak IV/M293) (1993)

⁶⁴ (Sak COMP/JV54) (2001)

⁶⁵ (Sak IV/JV21) (1999)

forsikringstjenester, men ble allikevel ansett som full funksjons, da eierne ville opptre som joint ventures agent.

3.4.3 Der joint venture er aktivt i et marked som er nedstrøms fra eiernes

Også der joint venture er avtager av eiernes produkter eller tjenester vil det, som redegjort for over, være relevant å se på hvor stor del dette utgjør av joint ventures totale innkjøp. Dersom eierne er eksklusive leverandører kan dette trekke i retning av at joint venture er et distribusjons-joint venture. Et unntak, som ble gitt på konkret grunnlag, var i **Amoco/Repsol/Iberdrola/Ente Vasco de Energia**⁶⁶, der en eier var eksklusiv råvareleverandør til joint venture. Kommisjonen godtok allikevel at joint venture var full funksjons, blant annet fordi det var svært vanskelig tilgang på den aktuelle råvaren, slik at alternative kilder nærmest var utelukket. Unntaket harmonerer med avgjørelsen i **Nokia/Autoliv** som er nevnt over, og viser at Kommisjonen er villig til å vise fleksibilitet i sine vurderinger der det foreligger objektive begrunnelser for nære forretningsmessige bånd mellom eierne og joint venture.

Videre vil det som over også være relevant hvorvidt handelstransaksjoner med eierne inngås på vanlige forretningsmessige vilkår, se f.eks. **@Home Benelux B.V**⁶⁷ og **Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading**.

I tillegg til de nevnte momenter vil det også være av betydning hvorvidt joint venture tilfører produktet eller tjenesten som eierskapet leverer noen tilleggsverdi, jf. Full funksjons Meddelelsen punkt 14, tredje avsnitt. En tilleggsverdi kan f.eks. tilføres fordi produktet som kjøpes fra eier er en del-komponent i det ferdige produktet til joint venture. Det står "verdi" i Full funksjons Meddelelsen, men dette kan neppe tolkes som kun å gjelde økonomisk verdi. Dersom varen eller tjenesten bearbeides på en eller annen måte vil nok også dette oppfylle kravet om verditilførsel, i det joint venture bruker ressurser på aktiviteten.

Dersom ingen verdi tilføres, ligner det på et salgsagentur, eller distribusjons-joint venture, som ikke anerkjennes som full funksjons etter FKF. Dette er en av årsakene til

⁶⁶ (Sak IV/M1190) (1998)

⁶⁷ (Sak IV/JV11) (1998)

at det i full funksjons vurderingen sondres mellom der joint venture opptrer som leverandør til eier og der det er avtaler av eiers varer/tjenester. Som vi nettopp har sett over, aksepteres det nemlig at eier opptrer som salgsagent for joint venture, mens den motsatte situasjonen utelukker oppfyllelse av full funksjons kriteriet. Forskjellsbehandlingen av de to situasjoner grunner på at det er joint ventures uavhengighet til eierne som er av interesse, og ikke eiernes. Det vil si at om eiernes øvrige aktiviteter, foruten sitt eierskap i joint venture, er begrenset til å være et salgsgeselskap for joint venture så er dette uten betydning for hvorvidt joint venture er full funksjons.

Et unntak fra kravet om at varen eller tjenesten må tilføres en verdi gis dersom joint venture er et omsetningsforetak. Full funksjons Meddelelsen punkt 14, tredje avsnitt definerer omsetningsmarkedet som der foretak spesialiserte seg på salg og distribusjon av produkter uten å være vertikalt integrert, og der produktene er tilgjengelige fra flere forskjellige kilder. I **Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading**, der joint venture som nevnt var et omsetningsforetak, ble det i full funksjons vurderingen lagt vekt på at joint venture sto fritt til å foreta innkjøp fra andre leverandører enn eierne. Det er ikke tilstrekkelig at det finnes alternative produktkilder, partene må også overbevise Kommisjonen om at en vesentlig del av joint ventures innkjøp vil foretas fra andre kilder. I **Texaco/Norsk Hydro**⁶⁸ ble det sannsynliggjort at joint ventures innkjøp fra andre leverandører ville utgjøre mellom 25-60% av totale innkjøp, og dette tilfredsstilte kravene. Også i **AgrEvo/Marubeni**⁶⁹ ble det sannsynliggjort at joint venture ville fortsette å foreta innkjøp fra tredjeparter, og det ble også lagt vekt på at det i den konkrete bransjen var vanlig at produsenter benyttet seg av salgsselskap for omsetning av varer.

Det fremgår av dette at Kommisjonen anser omsetningsvirksomhet som en selvstendig anerkjent virksomhet, jf. punkt 1.2 ovenfor. Videre kan det at Kommisjonen fremhever ressurskravet til omsetningsforetak i Full funksjons Meddelelsen kanskje tyde på at de i vurderingen av slike vil stille ekstra strenge krav til at det virkelig vil utgjøre et selvstendig foretak.

⁶⁸ (Sak IV/M511) (1995)

⁶⁹ (Sak IV/M788) (1996)

3.5 Joint ventures varighet

Som nevnt er det bare de foretakssammenslutninger som skaper en varig strukturendring som er omfattet av FKF, og det er derfor et vilkår at joint venturet har en varig karakter, jf Full funksjons Meddelelsen punkt 15. Dette fremgår også av Full funksjons Meddelelsen punkt 12, der tilstrekkelighetsvurderingen er relatert til joint ventures evne til å på varig basis ivareta funksjonene til et selvstendig foretak. Det avgjørende spørsmål er om joint venturet vil ha en varig selvstendig eksistens på markedet, og at dette er eiernes intensjon⁷⁰. Derfor må det stilles varighetskrav både til opprettholdelse av full funksjons statusen samt til forholdene som medfører felles kontroll, som nevnt under oppgavens punkt 2.4.

Dersom ressursene som er beskrevet ovenfor er overført til joint venturet, så foreligger det en *presumsjon* for at joint venturet er etablert med sikte på å være aktiv på varig basis, jf. Full funksjons Meddelelsen punkt 15. I praksis gjelder som nevnt det samme der joint venturet tidligere har eksistert som et selvstendig foretak.

Varighetskravet innebærer at joint ventures som opprettes kun med tanke på et bestemt prosjekt ikke vil omfattes av FKF. Full funksjons Meddelelsen nevner som eksempel byggingen av et kraftverk, der joint venturet ikke skal ha noe med driften å gjøre etter ferdigstillelse. Men dersom joint venturet opprettes for på varig basis å være et byggefirma som tar på seg løpende prosjekter, så vil det stille seg annerledes.

Ved vurderingen av hvorvidt opprettelsen av joint venturet representerer en varig strukturendring kan stiftelsesgrunnlaget og aksjeeieravtalen være relevant, både med hensyn til varigheten av felles kontroll og joint ventures levetid. Dersom joint venture avtalen bestemmer at det skal eksistere på ubestemt tid, så vil vanligvis varighetskravet være oppfylt, forutsatt at ressursene er tilstrekkelige, og de øvrige vilkår er oppfylt.

Utover dette tolker ikke Kommisjonen kravet til varighet som absolutt, i den forstand at joint venturet faktisk skal eksistere i det uendelige, og dette ville jo heller ikke være et realistisk krav. Det kreves heller ikke at det på opprettelsestidspunktet skal være partenes intensjon at joint venturet skal eksistere på ubestemt tid. Full funksjons

⁷⁰ Jf. Cook og Kerse s. 52

Meddelelsen sier at det kan avtales allerede før joint venture iverksettes at det skal oppløses på et bestemt tidspunkt, og allikevel tilfredsstillende kravene til varighet. Det videre spørsmålet blir da hva slags tidsperspektiv som kan godkjennes som "varig", til tross for at det er tidsbestemt. Utgangspunktet i Full funksjons Meddelelsen er at joint ventures levetid må være tilstrekkelig lang til å innebære en strukturendring, og varigheten må ikke være "kort". Joint ventures oppstartsperiode er som nevnt normalt 3 år, og dette taler for at det kreves en lengre periode enn dette for at joint venture skal utgjøre en varig strukturendring.

Cook og Kerse antyder at en periode på fem til ti år bør være tilstrekkelig⁷¹, mens Korah mener at fem år vanligvis er tilstrekkelig etter Kommisjonspraksis⁷².

Den relative betydningen av varighetsbegrepet forsterkes også ved at Full funksjons Meddelelsen ikke utelukker at kravet er oppfylt ved avtalebestemmelser som gir eierne rett til å oppløse joint venture eller til å trekke seg ut. Anvendelse av slike klausuler er gjerne betinget av at joint venture ikke oppnår den forventede suksess eller at det oppstår vesentlig uenighet mellom eierne, men dette er ikke noe absolutt krav.

I **Telefonica Portugal/Telecom**⁷³ forpliktet aksjeeierne seg til ikke å selge aksjene sine før etter 4 år. Endringen i eierstruktur ville derfor minst vare i 4 år, og dette ble ansett tilstrekkelig til at joint venture var full funksjons. I **John Deere Capital Corp/Lombard North Central**⁷⁴ var joint venture i utgangspunktet opprettet på ubestemt tid, men joint venture-avtalen ga hver av partene rett til å trekke seg ut av samarbeidet, med 1 års oppsigelsesfrist etter tidligst 3 år. Eierforholdet ville derfor bestå uendret i minst fire år, og joint venture ble godkjent som full funksjons.

Det er også akseptert at et joint venture opprettes for en bestemt periode dersom det åpnes for at samarbeidsavtalen mellom eierne kan forlenges, jf Full funksjons Meddelelsen punkt 15.

Hvorvidt den konkret bestemte varigheten er tilstrekkelig til å utgjøre en varig strukturendring vil også bero på forhold ved det konkrete markedet, og hvor lett

⁷¹ Cook og Kerse s. 52

⁷² Korah s. 305

⁷³ (Sak COMP/JV23) (1999)

⁷⁴ (Sak IV/M823) (1996)

endringene som skjer i forbindelse med opprettelsen av joint venturet kan reverseres⁷⁵, slik at det utover dette er vanskelig å si noe konkret om tidsperspektivet.

⁷⁵ Faull & Nikpay s. 219

4 Oversikt over behandlingen av kooperative joint ventures under Art. 2 (4)

4.1 Generelt

Art. 2 (4) første ledd lyder

"i den grad opprettelsen av et joint venture som i henhold til Art. 3 utgjør en konsentrasjon har som formål eller virkning en koordinering av konkurranseatferden til foretak som forblir uavhengige, så skal slik koordinering vurderes i henhold til kriteriene i Art. 85 (1) og (3)"⁷⁶.."

Jeg vil i det følgende gi en oversikt over denne vurderingen. Det vil først og fremst innebære en redegjørelse for når Kommisjonen anser et joint venture for å innebære en koordineringsrisiko. Kommisjonens faste utgangspunkt er en uttalelse som den kom med i den første saken den vurderte etter 1997-endringen, **Telia/Telenor/Schibsted**⁷⁷:

"In order to establish a restriction of competition in the sense of Article 85 (1), it is necessary that the co-ordination of the parent companies' competitive behaviour is likely and appreciable and that it results from the creation of the joint venture, be it at its object or its effect".

Allerede her kan det stadfestes at det som i praksis er relevant er hvorvidt joint ventures *virksomheter* er av en sådan art som Art. 2 (4) beskriver, og ikke dets *formål*, til tross for at ordlyden i Art. 2 (4) likestiller disse. Begrunnelsen for dette er at Kommisjonen etter 1997-endringen aldri har funnet at et joint venture har koordinering av konkurranse-atferd som formål. I blant annet **Telia/Telenor/Schibsted** har Kommisjonen uttalt at det kreves klare indikasjoner for å påvise at partenes intensjon med opprettelsen av joint venture er å koordinere eiernes konkurranse-atferd. Dette tilsier nærmest at det må stå i joint venture-avtalen, noe det absolutt ikke er i partenes interesse å legge frem for Kommisjonen. Vurdering av joint ventures formål er derfor en problemstilling som sjelden eller aldri vil bli vurdert noe nærmere, selv om det i teorien kan skje.

⁷⁶ Endret til Art. 81

⁷⁷ (Sak IV/JV1) (1998)

I motsetning til hva som gjelder for vilkårene for å omfattes av FKF, så har Kommisjonen foreløpig ikke utgitt noen retningslinjer for hva som skal til for at Art. 2 (4) kommer til anvendelse. Imidlertid har den signalisert at en slik retningslinje vil bli utgitt, og i mellomtiden henvist fra Full funksjons Meddelelsen til den tidligere Commission Notice on the distinction between concentrative and co-operative joint ventures⁷⁸, heretter kalt Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures. Det vil si at denne meddelelsen, samt Kommisjonspraksis fra før endringen, fortsatt har relevans for vurderingen av hvorvidt et joint venture har kooperative virkninger.

Ettersom Kommisjonens vurdering bygger på forutsigelser om fremtidig atferd, i motsetning til å bedømme noe som allerede er skjedd, så er det ikke mulig å fastslå med sikkerhet hva slags virkninger opprettelsen av joint venturet vil ha. Derfor blir det reelle utgangspunkt hvorvidt det er *sannsynlig eller mulig* at opprettelsen av joint venturet bidrar til en markedsstruktur som kan fremme muligheten for koordinering.

I **Fujitsu/Siemens**⁷⁹ uttalte Kommisjonen: "*In making the assessment whether co-operation between the parent companies in the joint venture might have the effect to give rise to co-ordination in the candidate markets, the structure of the candidate markets, the parties' shares of sales in the candidate market and the structural change resulting from the change of the joint venture are relevant.*"

I tillegg er det etter Kommisjonens praksis også et krav om årsakssammenheng mellom opprettelsen av joint venturet og de konkurransebegrensende virkninger, samt et krav om at konkurransebegrensningen må være merkbar for at kriteriene i Art. 81 (1) skal komme til anvendelse.

Jeg vil derfor gjøre rede for hvilke grunnlag Kommisjonen baserer seg på når den vurderer sannsynligheten for konkurransebegrensende virkninger og de nevnte tilleggsvilkårene.

⁷⁸ (94/C 385/01) (1994)

⁷⁹ (Sak IV/JV22) (1999)

4.2 Hva er koordinering av konkurranseatferd i Art. 2 (4)s forstand?

Det er viktig å ha klart for seg hva som utgjør konkurransekoordinering i Art. 2 (4)s forstand, da det ikke er alle former for regulering av eiernes konkurranseatferd som omfattes.

Den første avgrensningen som må foretas er den koordinering mellom eierne som skjer i forbindelse med selve opprettelsen av joint venturet. Joint venturet består jo nettopp i et samarbeid mellom eierforetakene, men det er ikke dette som er objektet for den materielle vurderingen etter FKF.

I følge Faull og Nikpay kan opprettelsen av et full funksjons joint venture medføre tre hovedformer for koordinasjon mellom eierne⁸⁰:

- *"ancillary restrictions*
- *other co-operative aspects*
- *spill-over effects"*

Ancillary restrictions, eller aksessoriske begrensninger på norsk⁸¹, består av konkurransebegrensninger som er direkte relatert til, og nødvendige for, opprettelsen av joint venturet, jf. FKF Art. 6 (1) (b) annet ledd. Disse består gjerne av konkurranseforbudsklausuler i form av virksomhetsforbud eller lignende, og blir som hovedregel kontraktsfestet mellom partene i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Etter FKF Art. 6 (1) (b) annet ledd og Art. 8 (2) annet ledd skal disse vurderes etter de samme kriteriene som selve opprettelsen av joint venturet, dvs. dominanstesten. Aksessoriske begrensninger utgjør derfor ikke relevant koordinering under Art. 2 (4), men som vi skal se, kan de ha relevans ved vurderingen av om eierne er potensielle konkurrenter.

Når det gjelder den andre gruppen, såkalte andre kooperative aspekter, kan dette f. eks. omfatte avtalte konkurransebegrensninger som ikke oppfyller kravene til aksessoriske begrensninger. Disse faller helt utenfor FKF.

Den tredje gruppen, spill-over effects, eller spill-over virkninger på norsk, er dette den form for koordinering som Art. 2 (4) retter seg mot. I motsetning til aksessoriske

⁸⁰ Faull & Nikpay s. 223.

⁸¹ Se Ryssdal s. 166

begrensninger, så er det usannsynlig at disse er kontraktsbaserte, det dreier seg nemlig om kooperative virkninger som nærmest er en automatisk konsekvens av den strukturendringen som opprettelsen av joint venturet medfører⁸². Begrepet spill-over virkninger er gitt litt ulikt innhold i teorien. Hawk og Huser⁸³ sier at det dreier seg om koordinering på markeder utenfor joint ventures eget, mens Navarro definerer spill-over virkninger som en sannsynlighet for koordinert atferd mellom eierforetakene utenfor joint ventures rekkevidde, men som er et resultat av opprettelsen av joint venturet⁸⁴. Det er klart at også eieraktivitet i det samme markedet som joint venturet kan medføre en sannsynlighet for koordinering av konkurranseatferden mellom eierne, og jeg vil derfor forholde meg til det innholdet som den siste definisjonen gir.

Aspekter ved eiernes konkurranseatferd som potensielt kan koordineres er mange. Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures nevner som eksempel koordinering av pris, produksjonsmengde, markedsdeling og innovasjon⁸⁵. I tillegg kan selve samarbeidet i joint venturet medføre at partenes kommersielle mål samordnes på en måte som gjør at konkurransen mellom dem svekkes på andre områder, uten at dette eksplisitt avtales⁸⁶. I mange tilfeller vil det også være uaktuelt for eierne å konkurrere med et selskap de selv eier, da ressursene som brukes på dette svekker totalgevinsten.

4.3 Kandidatmarkedene

Art. 2 (4) annet ledd sier at Kommisjonen i sin vurdering skal ta særlig hensyn til

"... hvorvidt to eller flere eiere beholder en vesentlig grad av aktiviteter i det samme markedet som joint venturet eller i et marked som er oppstrøms eller nedstrøms fra joint ventures marked eller i et nabomarked som er nærliggende disse."

De markeder det potensielt kan oppstå koordinering i kalles *kandidatmarkeder*. Dette utgjør altså joint ventures eget marked, samt dets nærliggende markeder, dvs. oppstrøms markedet, nedstrøms markedet og nabomarked, der en eller flere eiere har

⁸² Faull & Nikpay s. 224

⁸³ Hawk og Huser s. 32

⁸⁴ Navarro m. fl. s. 289

⁸⁵ Jfr. Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt 17

⁸⁶ Faull & Nikpay s. 354

aktiviteter. Jeg er uenig med Ryssdal, som utelukker joint venturets forretningsområde fra kandidatmarkedbegrepet⁸⁷. Jeg forstår Kommisjonens praksis dit hen at det er kun den del av eiernes aktivitet som består av joint venture-samarbeidet som utelukkes fra vurderingen av koordinerende virkninger, og ikke øvrig aktivitet i samme marked.

Som ellers i konkurranseretten, er definisjonen av joint venturets relevante produkt markedet og geografiske marked av avgjørende betydning, og dette utgjør altså joint venturets marked. Oppstrøms - og nedstrømsmarkeder er definert i forrige kapittel. Meddelelsen definerer såkalte nabomarkeder som markeder som er adskilt fra joint venturets, men som har nær tilknytning ved at de deler fellestrekk i form av samme teknologi, kunder eller konkurrenter.

Disse markedene utgjør kandidatmarkeder i den grad to eller flere eierforetak er aktive i det samme markedet, eller anses som potensielle aktører. Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures inneholder Kommisjonen vurderinger av eieraktivitet på de ulike kandidatmarkedene, og gir uttrykk for presumsjoner med hensyn til koordineringsrisiko. Jeg vil også gjøre rede for disse presumsjonene i det følgende.

Det første Kommisjonen gjør når den skal avgjøre om Art. 2 (4) kan komme til anvendelse, er derfor å undersøke eiernes eksisterende aktivitet i de fire potensielle kandidatområdene. Dette er ingen stor utfordring når markedene først er definert.

Men Kommisjonen må også vurdere eiernes potensielle aktivitet. Vurderingen av potensiell aktivitet omfatter både vurderinger av om eiere som har trukket seg ut av markedet kan tenkes å gjenoppta aktiviteter, og også muligheten for at eiere som aldri har vært aktive kan tenkes å bli det. At også potensiell aktivitet er relevant henger sammen med at det er vurdering av fremtidig atferd som skal vurderes. Dersom kun aktivitet på notifiseringstidspunktet var relevant, ville dette gjøre det enkelt for partene å tilpasse seg Kommisjonens krav, ved midlertidig å trekke seg ut på et passende tidspunkt. Derfor vil det som gjelder vurderingen av eksisterende aktivitet også gjelde der Kommisjonen finner potensiell konkurranse.

⁸⁷ Ryssdal s. 195

Markedene nevnt i Art. 2 (4) favner vidt. Dersom eierforetakene i det hele tatt har øvrig aktivitet, er det sannsynlig at denne vil kunne fanges opp av ordlyden i bestemmelsen, fordi eiernes aktivitet som regel vil kunne sies å ha en viss sammenheng med joint ventures. Kommisjonen vil da foreta en videre vurdering av sannsynligheten for koordinerende virkninger. Men det at eieraktiviteten har en nevnt markedsrelasjon til joint venturet innebærer ikke nødvendigvis en konstant grad av risiko for koordinasjon. Risikograden vil blant annet bero på hvilke av kandidatmarkedene det er tale om.

4.4 Koordinering av konkurranseatferd mellom hvem?

Art. 2 (4) retter seg mot koordinering av konkurranseatferden mellom "*foretak som forblir uavhengige*". Det kan spørres om det med dette bare menes koordinasjon mellom eierforetakene, såkalt horisontal koordinasjon⁸⁸, eller om også vertikal koordinering, dvs. koordinering av konkurranseatferden mellom joint venturet og eierforetak omfattes av begrepet. Som nevnt tidligere karakteriseres nettopp joint ventures ved at eierforetakene beholder sine respektive foretaksidentiteter, i det de "forblir uavhengige". Joint venturet opprettes jo i og med transaksjonen som blir notifisert, og kan vanskelig sies å "forbli" uavhengig.

Før FKF ble endret i 1997 inneholdt Art. 3 (2) annet ledd en definisjon av kooperative joint ventures som inkluderte koordinering mellom eierforetak og joint ventures, jf. "*co-ordination of the competitive behaviour of the parties amongst themselves or between them and the joint venture*"⁸⁹ Denne ordlyden kunne tyde på at også en koordinering mellom joint venture og eierforetak skulle føre til utelukkelse fra FKF, pga. koordinasjonselementer. Men Kommisjonen uttalte i 1994-meddelelsens punkt 8 at slik koordinering bare var relevant i den grad det utgjorde en måte å etablere eller styrke en koordinering mellom eierforetakene. Denne tolkningen, som utelukket koordinering mellom joint venturet og eierforetak fra å føre til en ekskludering fra FKF's anvendelsesområde, var basert på at det negative vilkåret som før fantes i Art. 3 (2) måtte tolkes i lys av avsnitt 23 til fortalet til FKF og Art. 3 (2) første ledd, hvis formål var å ekskludere transaksjoner som koordinerte atferden til "foretak som forble uavhengige".

⁸⁸ Jf. Navarro m. fl. s. 55

⁸⁹ Min understrekning

Denne tolkningen har blitt kritisert⁹⁰, fordi ordlyden i Art. 3 (2) annet ledd var klar med hensyn til likestilling av vertikal og horisontal koordinering, og denne rettet seg spesifikt mot joint ventures, i motsetning til artikkelens første ledd som gjaldt konsentrasjoner generelt. Navarro m.fl. antyder at tolkningsresultatet heller er en konsekvens av at den økonomiske realitet i et joint venture er at det alltid vil forekomme koordinasjon mellom eier og eiet, i større eller mindre grad. I den grad opprettelsen av et full funksjons joint venture medfører koordinering av konkurranseatferd mellom eierforetak og joint venturet, så kan det kanskje også hevdes at faren for at dette skal innebære store konkurranseskadelige konsekvenser er ivaretatt gjennom kravene til joint ventures uavhengighet under full funksjons-vilkåret.

Slik FKF fremstår etter endringen nevnes ikke koordinering mellom joint venturet og eierforetakene, det er kun koordinering mellom eierforetak som forblir uavhengige som skal vurderes under Art. 2 (4).

4.5 Eieraktivitet og koordineringsrisiko

4.5.1 Generelt

En hovedforutsetning for at Art. 2 (4) skal komme til anvendelse er at eierforetakene har øvrige aktiviteter, foruten sitt eierskap i joint venturet. Etter Art. 2 (4) skal det tas særlig hensyn til eiernes aktivitet i joint ventures marked, samt i nedstrøms- og oppstrøms markeder. Slike aktiviteter er, som behandlet i kapittel 3, også av betydning under full funksjons vurderingen. Men vurderingstemaet er et annet her, da det ikke er joint ventures uavhengighet i forhold til eierne som skal vurderes, men forholdet eierne i mellom. Derfor er det, i motsetning til under full funksjons vurderingen, som regel bare der to eller flere eiere er aktive i et potensielt kandidatmarked som er av interesse, da det er på dette området en risiko for koordinering kan tenkes å oppstå.

4.5.2 Potensiell aktivitet

I utgangspunktet kan jo alle være potensielle aktører, men etter Kommisjonens praksis må det foreligge faktiske holdepunkter som taler for at eierne er potensielle aktører. Det er flere momenter som tas i betraktning under denne vurderingen. Særlig blir det at

⁹⁰ Navarro m. fl. s. 55

eierne har overført eksisterende aktiviteter og økonomiske ressurser til joint venturet ansett for å tale mot at de vil oppta ytterligere virksomhet på det samme markedet.

I **ENEL/FT/DT** uttalte Kommisjonen:

"In view of the substantial investments in Wind which the parties have already made or will have to make, it is unlikely that they would enter these markets on their own in the future".

Ettersom overføring av slike ressurser er en forutsetning for å anerkjennes som full funksjons, er det sjeldent at Kommisjonen finner at eierne utgjør potensielle konkurrenter i samme marked som joint venturet.

For det andre, anerkjenner Kommisjonen betydning av avtalefestede konkurranseforbud mellom joint venturet og eierne som hinder for at eierne er potensiell konkurrenter. Til tross for at eierne var aktive i det samme produktmarked, dog i andre geografiske markeder, ble de ikke ansett som potensielle konkurrenter i **Telefonica Portugal/Telecom**, da et konkurranseforbud med joint venturet var avtalt.

I tillegg vil Kommisjonen vurdere økonomiske hindre for at eierne skal bli aktører på et marked⁹¹. Dersom etableringsbarrierene er høye vil dette tale mot at eierne etablerer seg som en ny aktør, og det samme gjelder dersom virksomhetsarten krever store ressurser med hensyn til forskning og utvikling.

Også faktiske forhold ved det konkrete markedet vil bli vurdert. Et eksempel er **Mannesmann/Bell Atlantic/OPI**⁹², der eierne ikke ble ansett som potensiell aktører fordi virksomheten det gjaldt var betinget av svært begrensede konsesjoner, som utgjorde et hinder for fri virksomhetsetablering.

⁹¹ Navarro m. fl. s. 62

⁹² (Sak COMP/JV17) (1999)

4.5.3 Eieraktivitet og produktmarked

4.5.3.1 Ingen konkurrerende aktivitet i samme næringssektor som joint venturet

Dersom eierne overfører all sin eksisterende forretningsaktivitet, eller alternativt all sin aktivitet i den næringssektor som joint venture skal operere i, kommer som hovedregel ikke Art. 2 (4) til anvendelse⁹³. Det er da ingen øvrig aktivitet som kan være gjenstand for koordinering, og som nevnt omfattes ikke selve joint venture-samarbeidet av Art. 2 (4).

4.5.3.2 Ingen konkurrerende aktivitet i samme produktmarked som joint venturet

Situasjonen kan videre være slik at eierne er aktive i den samme næringssektor som joint venturet, men ikke i det samme relevante produktmarked. Dersom eieren ikke har en kommersiell tilstedeværelse i samme markedet som joint venturet foreligger det normalt ingen risiko for koordinering⁹⁴, og det samme gjelder dersom kun en eier anses som en markedsaktør. Joint ventures marked vil dermed ikke utgjøre et kandidatmarked.

Dersom eierne har overført alle sine ressurser på markedet til joint venturet, vil det derfor sjelden være tale om kooperative aspekter i joint ventures marked. I flertallet av sakene Kommisjonen behandler er dette tilfellet, ettersom full funksjons kravet er betinget av at joint venturet disponerer de aktuelle ressurser, og at disse er gjort tilgjengelige for joint venturet av eierne. I **Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann**⁹⁵ var situasjonen slik at eierne trakk seg ut av joint ventures marked, og kun en av dem ble ansett som potensiell aktør. Kommisjonen uttalte: "*...as it would be the only parent company to be active on the dial up Internet access market, this market could not be considered as a candidate market for co-ordination.*"

Heller ikke i **Skandia/Storebrand/Pohjola** ble joint ventures marked ansett som et kandidatmarked, da eierne overførte alle sine ressurser, og trakk seg ut av markedet.

⁹³ Meddelelsen om konsentrativ og kooperative joint ventures punkt 18, annet ledd

⁹⁴ Meddelelsen om konsentrativ og kooperative joint ventures punkt 18, tredje ledd

⁹⁵ (Sak COMP/JV5) (1998)

4.5.3.3 Konkurrerende aktivitet i samme produktmarked som joint venturet

I motsetning til det som nettopp er sagt over, foreligger det en høy sannsynlighet for koordinering der to eller flere eiere beholder betydelig aktivitet på det samme marked som joint venturet, dersom dette også er i det samme geografiske marked som joint venturet opererer i⁹⁶.

Ved slik aktivitet foreligger det en situasjon hvor eierne er konkurrenter i et marked der joint venture-samarbeidet de deltar i skaper en høy grad av sannsynlighet for at de vil koordinere sin konkurranseatferd.

Under redegjørelsen for full funksjons-vilkåret så vi at Kommisjonen godtar at joint venturet er avhengig av eierne i en oppstartsperiode, som som regel ikke bør overstige tre år. Når det gjelder vurderingen av eierne som konkurrenter i joint ventures produktmarked, så er det i likhet med vurderingen av full funksjons-kravet også slik at Kommisjonens vurdering er rettet fremover, slik at det er den endelige markedsstrukturen, når alle leddene i transaksjonen er gjennomført, som er av interesse. Derfor ses det bort fra der eierne midlertidig skal fortsette aktiviteter i en begrenset tid etter opprettelsen av joint venturet, se **Hitachi/NEC-DRAM/JV**.

Aktivitet i samme marked som joint venturet omfatter også tilfeller der eierne er aktive gjennom såkalte nettverk, som eksisterer fra før opprettelsen av joint venturet. Dette kan f. eks. være der de også eier andre foretak, som opererer i det samme marked som det nyopprettede skal. Dersom opprettelsen av joint venturet kan anses for å innebære en ytterligere styrking av en allerede eksisterende koordinering av konkurranse atferd utgjør dette såkalte nettverksvirkninger, som innebærer en høy sannsynlighet for koordineringsrisiko⁹⁷.

Kommisjonen har signalisert at selv om eierne er aktive i det samme marked som joint venturet kan det foreligge spesielle forhold som medfører at en risiko for atferds-koordinering allikevel ikke anses for å foreligge⁹⁸. Dette er tilfelle dersom

⁹⁶ Meddelelsen om konsentrativ og kooperative joint ventures punkt 18, fjerde avsnitt

⁹⁷ Meddelelsen om konsentrativ og kooperative joint ventures punkt 18, sjette avsnitt

⁹⁸ Meddelelsen om konsentrativ og kooperative joint ventures punkt 18, femte avsnitt

eiernes eller joint ventures aktivitet er begrenset til et spesifikt segment av markedet, og denne markedsnisjen er av underordnet betydning i forhold til deres respektive hovedvirksomhet.

4.5.4 Aktivitet i nedstrømsmarkeder

Der eierne er aktive i et marked som er nedstrøms fra joint ventures produkt marked kan det være en risiko for koordinering, der joint venture er hovedleverandør og eierne tilfører liten verdi til varen eller tjenesten som den kjøper⁹⁹. Denne situasjonen har store likhetstrekk med det salgsagent forholdet som ble beskrevet i kapittel 3. Koordinasjonsrisikoen består i at eierne kan bestemme prisene på leveranse fra joint venture, og at samarbeidet deres da får som resultat at de oppnår billigere varer enn det deres konkurrenter kan oppnå.

4.5.5 Aktivitet i oppstrømsmarkeder

Der eierne er aktive i et marked som er oppstrøms fra joint venture kan det oppstå en risiko for koordinering mellom eierne¹⁰⁰. Risikoen er betinget av at joint venture er eiernes hovedkunde, enten totalt sett eller i et bestemt geografisk område. Begrunnelsen for dette er at salgene til joint venture vil ha så stor økonomisk betydning for eierne at de økonomiske gevinstene ved samordning av konkurranseadferden utgjør et incentiv for samordning av konkurranseadferden.

Et eksempel på at dette ble ansett relevant finnes i **Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann**. Til tross for at eierne var aktive i et oppstrømsmarked fra joint venture ble det ikke ansett som å foreligge noen fare for koordinering, fordi tjenesten eierne ville tilby ikke i hovedsak var myntet på joint ventures marked, og joint venture ville heller ikke da bli noen hovedkunde av eierne.

4.5.6 Aktivitet i nabomarkeder

Det kan også foreligge tilfeller der eiernes aktiviteter er relatert til det samme produktmarkedet som joint ventures, men i et nabomarked. Kommisjonen uttaler i at det da kan foreligge en sannsynlighet for koordinering av eiernes aktiviteter i

⁹⁹ Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt 18, syvende ledd.

¹⁰⁰ Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt 18, syvende ledd

nabomarkedet¹⁰¹. Risikoen er betinget av at den økonomiske betydningen av nabomarkedet er av vesentlig betydning i forhold til joint ventures. Det vil si at den kommersielle gevinsten som joint venture-samarbeidet generer for eierne er langt lavere enn det aktiviteten i nabomarkedet genererer. Joint venturet representerer et bindeledd mellom to eller flere konkurrenter, og skaper relasjoner mellom dem som kan føre til samordning av deres konkurranseatferd.

Dersom eiernes aktivitet på nabomarkeder er av vesentlig mindre økonomisk betydning enn joint ventures aktiviteter er, foreligger ikke det samme incentivet til å koordinere atferd, da de økonomiske gevinstene av dette ikke utgjør en stor nok fristelse.

4.5.7 Eieraktivitet og geografiske marked

For hvert produktmarked joint venturet opererer i, må også dets geografiske marked defineres. Situasjonen kan være slik at eierne har øvrig aktivitet i det samme produktmarkedet, men at denne utøves i et annet geografisk marked. Dette kan være tilfelle på flere forskjellige måter, og meddelelsen inneholder Kommisjonens vurderinger av hva slags fare for koordinering som kan oppstå i disse.

Der eierne har aktivitet i det samme produktmarked som også er i det samme geografiske markedet som joint venturet er behandlet over, under punkt 4.5.3.3.

4.5.7.1 Ingen konkurrerende aktivitet

Dersom eierforetakene har øvrig aktivitet i joint ventures produktmarked, men utenfor det geografiske marked er koordinering bare utelukket der en eventuell virkning av den kun vil vise seg utenfor geografiske områder som omfattes av EF og EØS, og heller ikke virke inn på samhandel mellom medlemsstater¹⁰². I **Telia/Sonera/Lithuaninan Telecommunicati ONS**¹⁰³ uttalte Kommisjonen at kun nærliggende markeder innenfor EU kan vurderes som potensielle kandidatmarkeder og i **Hearst/VNU** utlot Kommisjonen helt å vurdere potensiell koordinering, fordi det rumenske markedet var det eneste markedet som ble berørt av transaksjonen.

¹⁰¹ Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt

¹⁰² Jfr. Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt 19, fjerde ledd.

¹⁰³ (Sak IV/JV 7) (1998)

4.5.7.2 Konkurrerende aktivitet i separate geografiske markeder

Dersom joint venturet og eierforetakene alle er aktive på separate markeder innefor fellesskapets område, dvs. minst tre forskjellige markeder vil Kommisjonen studere sammenhengen mellom disse markedene, med det formål å se om det er en muligheten for koordinering mellom eierne¹⁰⁴. Det må derfor foretas en analyse av markedsstrukturene. Graden av samhandling mellom markedene vil vurderes, samt muligheten for at endringer vil skje som gjør at avgrensningen av geografiske markedene vil endre seg, slik at de markeder som på vurderingstidspunktet er forskjellige vil kunne "smelte sammen", og utgjøre det samme geografiske markedet.

I **TXU Europe/EDF-London Investments**¹⁰⁵ skulle joint venturet levere tjenester til eierne, som var aktive selv og gjennom andre datterselskaper i det samme nedstrømsmarkedet. Eiernes aktivitet i nedstrømsmarkedet besto i at de var innehaver av hver sin konsesjon for levering av elektrisitet i Storbritannia. Totalt var det tolv slike konsesjonsområder, og disse utgjorde hvert sitt geografiske område. Kommisjonen utelukket at dette nedstrømsmarkedet var et kandidatmarked for koordinering, da det ikke var noen samhandel mellom disse geografiske markedene.

4.5.7.3 Aktivitet i samme geografiske marked som er ulikt joint venturets

Dersom eierne er aktive på samme geografiske marked, som er forskjellig fra joint venturets, så anser Kommisjonen at det kan være en sannsynlighet for koordinering. Sannsynligheten er betinget av at joint venturets aktiviteter er av vesentlig økonomisk betydning sammenlignet med eiernes aktivitet på det andre geografiske markedet¹⁰⁶. Det må også foreligge samhandel mellom eiernes marked og joint venturets, eller være en sannsynlighet for at samhandel vil skje i nær fremtid.

Motsetningsvis er det sjelden fare for koordinering dersom joint venturets aktiviteter utgjør kun en liten del av den totale eieraktiviteten med hensyn til produktene.

¹⁰⁴ Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt 19, annet ledd.

¹⁰⁵ (Sak COMP/JV36) (2000)

¹⁰⁶ Meddelelsen om konsentrative og kooperative joint ventures punkt 19, tredje ledd.

I **Telia/Sonera/LT** hadde begge eierne øvrig aktivitet i det samme produktmarkedet som joint venturet; fast telefon og mobiltelefon. Den øvrige aktiviteten fant sted i både Sverige og Finland for begges vedkommende, i motsetning til joint venturet, som kun var aktiv i Litauen. I Kommisjonens analyse av fast telefonmarkedet uttalte den at joint venturets marked var svært lite sammenlignet med markedene i Finland og Sverige, og at det derfor ikke forelå noen sannsynlighet for at eiernes kontrollerverv i joint venturet ville lede til en koordinering av konkurranseatferden på "hjemmemarkedene".

4.6 Krav til årsakssammenheng

Dersom Kommisjonen etter en vurdering av eiernes aktivitet i de potensielle kandidatmarkedene konkluderer med at det er en sannsynlighet for at koordinering kan oppstå, er dette allikevel ikke tilstrekkelig til at Art. 2 (4) kommer til anvendelse. Det kreves i tillegg at det foreligger direkte årsakssammenheng mellom opprettelsen av joint venturet og eiernes koordinering av konkurranseatferden, jf. Art. 2 (4) første ledd.

I **ENEL/FT/DT** var situasjonen den at eierforetakene også i tiden før opprettelsen av joint venturet hadde vært potensielle konkurrenter uten at dette hadde medført en nevneverdig grad av konkurranse mellom dem. Kommisjonen uttalte: *"It is not possible to claim with the requisite degree of certainty that such lack of competition (if it were to continue in the future) would be the result of the creation of Wind"*.

Også i **BT/Airtel** forelå det en lignende situasjon, og heller ikke her ble kravet til årsakssammenheng ansett oppfylt.

I **B Sky B/Kirch Pay TV** var begge eierne aktive i det samme oppstrømsmarkedet, som var definert som erverv av kringkastingsrettigheter til europeiske sportsarrangementer. En mulig virkning av joint venture samarbeidet ville kunne være at eierne, som tidligere hadde konkurrert mot hverandre, nå ville inngi bud på rettigheter sammen, eller selge rettigheter til hverandre på gunstige vilkår. Men Kommisjonen anså at det ikke forelå tilstrekkelig årsakssammenheng for at en slik atferd ville være en direkte konsekvens av joint venturet, da det også kunne være begrunnet i et uavhengig ønske om å oppnå kostnadsreduksjoner.

Ut ifra disse to eksemplene kan det virke som om Kommisjonen setter strenge krav til oppfyllelse av vilkåret om årsakssammenheng. Dersom det finnes andre plausible

forklaringer på en koordinering av konkurranseatferd mellom eierforetakene så er det langt fra sikkert at vilkåret om årsakssammenheng anses oppfylt.

4.7 Merkbarhetsvilkåret

Art. 2 (4) spør etter en vurdering av koordineringsvirkninger der eiernes tilstedeværelse i kandidatmarkedene er "significant". I alle saker Kommisjonen har behandlet etter 1997-endringen nevner den at vurderingstemaet er om en "appreciable", eller merkbar, begrensning av konkurransen er formålet med eller virkningen av joint venturet. Kommisjonen uttaler i **Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann** at den ikke trengte ta stilling til de øvrige vilkår i Art. 2 (4), da en eventuell koordinering uansett ikke vil være merkbar. Ut i fra dette kan det konkluderes at det er et vilkår for at Art. 2 (4) skal komme til anvendelse at koordineringen er merkbar.

Ved bedømmelsen av om dette vilkåret er oppfylt er det særlig to faktorer Kommisjonen tar i betraktning, eiernes markedsandel og aspekter ved markedsstrukturen. Ifølge Ryssdal vil Kommisjonen som oftest se bort i fra eventuelle koordinerende virkninger der joint venturet og eierne har mindre enn 10-15% markedsandel. Men også en høyere markedsandel kan aksepteres, fordi de to faktorene må vurderes i sammenheng med hverandre. I **Telia/Telenor/Schibsted** ble det uttalt at hva som anses som en høy markedsandel vil være avhengig av markedsstrukturen. I denne saken hadde eierne forholdsvis store markedsandeler, men ettersom markedet var preget av sterk vekst og relativt lave etableringsbarrierer, ville ikke en eventuell koordinering være merkbar.

I **Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann** ble det også lagt vekt på at markedet var preget av mange konkurrenter, slik at det eksisterte et konkurranstrykk som talte mot at koordineringen ville få en tilstrekkelig virkning.

5 Sammenfatning

Oppgaven har gitt en redegjørelse for behandlingen av joint ventures under fusjonskontrollforordningen. Det som i korthet kan sies om FKF anvendelse på joint ventures er for det første at Kommisjonens praksis og meddelelser nærmest er uunnværlige når man skal ta stilling til rettstilstanden, fordi FKF's tekst gir svært liten veiledning i forhold til hva som kreves. For det andre, er det et klart trekk ved Kommisjonens håndhevelse av FKF at den i stor grad tar praktiske hensyn både ved vurderingen av om konsentrasjonsvilkårene er oppfylt, samt ved anvendelse av Art. 2 (4). Dette viser seg særlig der Kommisjonen tar hensyn til partenes objektive begrunnelser for å avvike fra hovedreglene. I tillegg, utviser den også en stor grad av fleksibilitet ved at de samme reglene gis anvendelse på mange forskjellige forhold.

Oppgavens begrensede omfang medfører at den ikke kan hevdes å være en grundig gjennomgang av alle problemstillinger som reiser seg ved behandling av joint ventures under FKF. På den annen side, så er dette et vanskelig tema, der mange forskjellige forhold tas i betraktning, som etter min mening gir en oversiktsoppgave av den art som er gitt her en berettigelse.

6 Litteraturliste

Korah, Valentine. *EC Competition Law and Practice*. 7. utgave. Oxford, 2000

Ryssdal, Anders. *Joint Ventures – en konkurranserettslig analyse*. 1. utgave. Oslo, 2003

Alison Jones og Brenda Sufrin. *EC Competition Law*. 1. utgave. Oxford, 2001

Barry E. Hawk og Henry L. Huser. *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*. 1. utgave. Haag, 1996.

C.J. Cook og C.S. Kerse. *E.C. Merger Control*. 3. utgave, London, 2000.

The EC Law of Competition. Redigert av Jonathan Faull og Ali Nikpay. 1. utgave. Oxford, 1999

Merger Control in The EU. Edurne Navarro Varano... (et al.). 1. utgave. Oxford, 2002

